

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00263 -01.

Demandante: **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ.**

Demandado: **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ** adelanta contra **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor del 21 de diciembre de 2018 al 24 de mayo de 2020; que es ineficaz la cláusula octava del otro sí del 21 de diciembre de 2018 que no tiene como salario el “extrabono”; y que el extrabono es salario. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de sus cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; perjuicios morales; e indexación.

Subsidiariamente, solicita la indemnización por despido sin justa causa liquidada teniendo en cuenta salario básico, bono salarial KPI, trabajo suplementario y recargos.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Laboró como asociado a la cooperativa Asercoop, desarrollando labores de Ingeniero Backoffice de octubre de 2016 a diciembre de 2018; **2)** El 31 de diciembre de Comcel S.A. y ZTE COLOMBIA S.A.S. suscribieron contrato de prestación de servicios de configuración de backoffice; motivo por el que fue llamado a fin de liderar tal proceso, siendo contratado el 21 de diciembre de 2018 en el cargo de *Technical Team Leader Back Office*; **3)** Al momento de suscribir el contrato de trabajo se firmó otro sí en el que se determinó que el pago que recibiría una bonificación que ascendía a \$2'280.000 no era salario y que se pagaba por mera liberalidad; en nómina dicho pago se denominaba "extrabono"; **4)** Además de lo anterior, devengaba \$5'700.000 por salario básico, \$300.000 bono salarial KPI, y trabajo suplementario y recargos; **5)** El 28 de mayo de 2020 fue llamado por la demandada para informarle que el proyecto para el cual fue contratado había finalizado, pese a que tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020; **6)** Se le informó que podía firmar un mutuo acuerdo o una carta de terminación del contrato de forma unilateral; **7)** Había adquirido un crédito hipotecario y ahora se encuentra en riesgo de perder su casa, además se siente lastimado en su fuero interno; **8)** El 07 de julio de 2020 la empresa pagó los valores que consideraba deber por concepto de liquidación final del contrato de trabajo; **9)** El 17 de junio de 2020 solicitó copia de su contrato de trabajo y del otro sí, los que se los entregaron el 03 de julio del mismo año; y **10)** El 01 de septiembre de 2020 solicitó copia digital del contrato de trabajo, empero tal pedimento fue negado por la empresa.

2. Respuesta a la Demanda.

ZTE COLOMBIA S.A.S. (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la contratación del demandante mediante contrato de obra o labor el 21 de diciembre de 2018, el cargo, la suscripción de otro sí donde se determinaba que el bono no era salario, y los valores que se percibían por concepto de salario; la falta de consenso para terminar el contrato a través de un mutuo acuerdo; la terminación de la relación laboral como consecuencia de la finalización de la obra para la cual fue contratado el actor; y las solicitudes elevadas por el actor, requiriendo el contrato y el otro sí, así su respectiva entrega.

Expuso que, el demandante fue contratado por el tiempo que perduró la obra con Comcel S.A.; y que la bonificación fija no tenía connotación salarial, pues además de que no superaba el 40% de la remuneración no tenía como fin pagar por el servicio que prestara el actor, pues tenía como fin ayudar al trabajador a desempeñar en debida forma sus funciones.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada desde el 21 de diciembre de 2018 hasta el 29 de mayo de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a ZTE COLOMBIA S.A.S a pagar a favor del demandante las siguientes sumas de dinero:

- a) \$4'748.174 por prima de servicios.
- b) \$3'318.666 por cesantías.
- c) \$398.240 por interés a las cesantías.
- d) \$179.248 por concepto de vacaciones.
- e) \$151'620.000 por concepto de indemnización de despido sin justa causa.

La indexación de todas las sumas reconocidas.

TERCERO: ABSOLVER a ZTE COLOMBIA S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del actor.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada, fijándose como agencias en derecho la suma de \$7'000.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos temporales; que son salarios aquellos beneficios que se perciben como contraprestación del servicio; que si bien se pactó que el valor denominado “extrabono” no era salarial, de la documental es dable extraer su habitualidad, por demás que de los testigos recibidos es posible determinar

que la suma pagada por tal concepto no tenía una finalidad específica, por lo que se entiende que era para la contraprestación de los servicios de los trabajadores; que por lo anterior, es dable reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones; que está demostrado que entre la demandada y Comcel S.A. se celebró un contrato para la prestación de servicios *backoffice*, motivo por el que fue vinculado el demandante mediante contrato de obra o labor; que se alegó la terminación del contrato por parte de la demandada con fundamento en que la finalización la relación entre esta y Comcel S.A., sin embargo, lo que se acreditó fue que existió una disminución y suspensión de laborales; que se demostró que el contrato entre la demandada y Comcel S.A. se extendió por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2021, de manera que es dable reconocer indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta la calenda aludida; que no es dable reconocer indemnización moratoria, como quiera que pagó lo que creyó deber, pues las cláusulas se pactaron con el trabajador; que no hay lugar a perjuicios morales, ya que, estos no se demostraron en juicio; y que por lo anterior, se deben reconocer las condenas debidamente indexadas.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** manifestó que en la liquidación se debe incluir el bono KPI, debiéndose realizar sobre \$8'280.000, de modo que los valores se deben reajustar teniendo en cuenta tal valor; que hay lugar a sanción moratoria, como quiera que ocultar pagos salariales buscando defraudar no puede considerarse un acto de buena fe.

Por su parte, **ZTE COLOMBIA S.A.S.** señaló que del acervo probatorio no es dable determinar que el extrabono sea salario, por el contrario, existió un acuerdo de voluntades encaminado a establecer que no tenía tal connotación, por demás que la jurisprudencia vigente para tal época no establecía la carga que actualmente se impone al empleador, y lo que se perseguía era que el trabajador se alimentara, se transportara producto de la jornada laboral que este tenía; que no se debió condenar en indemnización por despido sin justa causa, puesto que al momento de la terminación del contrato de trabajo no existían prorrogas ni asignaciones presupuestales con Comcel S.A.; que aunado a ello, la obra o labor del actor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00263 -01.

Demandante: **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ.**

Demandado: **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

dejó de existir, no habían actividades que este pudiera realizar, se extinguió el objeto contractual; y que no se deben imponer costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a tener como salario el rubro denominado como extrabono?, ¿se reliquidó en debida forma las prestaciones sociales y las vacaciones?, ¿acaeció la terminación de la obra o labor del contrato de trabajo del demandante?, y ¿es posible deprecar buena fe para efectos de absolver por concepto de indemnización moratoria?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración*

ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”.

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

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

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que en otro sí celebrado entre las partes se adicionó una cláusula al contrato de trabajo, reconociendo un bono equivalente a \$2'280.000 como cifra máxima por concepto denominado “bonificación fija”, el que es otorgado por mera liberalidad por parte del empleador de forma ocasional, (fls. 10 y 11 del archivo 02).

Ahora bien, al proceso se incorporó comprobantes de nómina que dan cuenta que al demandante se les pagó el valor aludido mes a mes, y de forma

habitual (fls. 17 a 23 del archivo 02 y 44 a 61 del archivo 07). Por ende, le correspondía al empleador demostrar que tales pagos no tenían como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente.

Al respecto, encuentra la Sala que en el otro sí del contrato de trabajo únicamente se estableció que se pagaba la bonificación en estudio para que el trabajador desempeñara cabalmente sus funciones, sin embargo, en dicho documento no se estableció en qué consistía tal pago, que se retribuía de forma clara y exacta, su redacción es a juicio de esta Sala ambigua.

Por otra parte, testigos como Elsa Margarita Soler Polanco, Javier Sebastian Torres Morales y Rafael Acosta Carvajal fueron claros en manifestar que se pagaban por cumplimientos de metas y por los servicios que ejecutaban; declaraciones que juicio de esta Sala resultan veraces, pues además que fueron estudiados de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, siguiendo el principio de la libre formación del convencimiento, no se observan que se incurriera en ningún tipo de contradicción, o que realizaran manifestaciones inverosímiles.

En cuanto el testigo Ever Ladino Vaquero este manifestó que la bonificación fija no se definió que fin tenía en el contrato de trabajo, así como tampoco su objeto.

Así las cosas, la Sala considera que tal y como lo advirtió la A Quo la bonificación fija o extrabono se debe entender como parte del salario, y como consecuencia de ello, es dable la reliquidación de las prestaciones sociales y de las vacaciones, teniendo en consideración tal rubro. En lo referente al bono KPI la demandada aceptó al contestar la demanda que este era un rubro que se pagaba por valor de hasta \$300.000 y que era posterior a la evaluación de desempeño del actor, por su productividad, aspecto que también fue objeto de mención en interrogatorio de parte por el representante legal de la demandada, por lo que en tal sentido se entiende que tal rubro también era parte del salario pues tenía como finalidad contraprestar servicios que este prestaba.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00263 -01.

Demandante: **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ.**

Demandado: **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

Así las cosas, tenemos que se acreditó por concepto de salario los siguientes valores:

MES	BÁSICO	BONIFICACIÓN FIJA	BONO KPI	EXTRAS O NOCTURNAS			TOTAL
diciembre de 2018	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00					\$ 7.980.000,00
enero de 2019	\$ 5.700.000,00						\$ 5.700.000,00
febrero de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00					\$ 7.980.000,00
marzo de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 267.188,00	\$ 41.562,00		\$ 8.588.750,00
abril de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 4.560.000,00	\$ 600.000,00				\$ 10.860.000,00
mayo de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 457.188,00			\$ 8.737.188,00
junio de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00				\$ 8.280.000,00
julio de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 89.062,00	\$ 41.562,00		\$ 8.410.624,00
agosto de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 89.062,00	\$ 475.000,00		\$ 8.844.062,00
septiembre de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 29.688,00	\$ 83.125,00	\$ 665.000,00	\$ 9.057.813,00
octubre de 2019	\$ 5.700.000,00			\$ 285.000,00			\$ 5.985.000,00
noviembre de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00				\$ 8.280.000,00
diciembre de 2019	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00				\$ 8.280.000,00
enero de 2020	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00				\$ 8.280.000,00
febrero de 2020	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 16.625,00	\$ 52.250,00		\$ 8.348.875,00
marzo de 2020	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00				\$ 8.280.000,00
abril de 2020	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 133.000,00			\$ 8.413.000,00
mayo de 2020	\$ 5.700.000,00	\$ 2.280.000,00	\$ 300.000,00	\$ 149.625,00			\$ 8.429.625,00

De esta manera, y dado que se solicita la reliquidación de las **cesantías**, tenemos que las diferencias a pagar son las siguientes: 2018 \$63.333,33; 2019, \$2'550.286,42- no se acreditó su pago para la anualidad de 2018 y 2019, por lo que se calculó la diferencia teniendo en cuenta como si las cesantías se hubieran pagado únicamente sobre el salario básico-; y 2020, \$958.610,38. Por tanto, se adeuda la suma de **\$3'572.230,13**, suma superior a la que dispuso la *A Quo*, por lo que se modificará.

En cuanto a los **intereses a las cesantías**, se encuentra que las diferencias a pagar son las siguientes: 2018, \$310,89; 2019, \$135.196,37; y 2020, \$290.689.57. Por tanto, se adeuda la suma de **\$426.196,83**, suma superior a la que dispuso la *A Quo*, por lo que se modificará.

En lo referente a **prima de servicios**, las diferencias a pagar son las siguientes: 2018, \$63.333,33; 2019-I, \$215.000,17; 2019-II \$4'046.458,25; y 2020, \$958.610,39. Por tanto, se adeuda la suma de **\$5'283.402,14**, suma superior a la que dispuso la *A Quo*, por lo que se modificará.

En lo que respecta a **vacaciones**, por el periodo del 21 de diciembre de 2018 al 20 de diciembre de 2019, el valor resultante es de \$4'120.976,54, suma inferior a la que se pagó, \$4'573.502; y del 21 de diciembre de 2019 al 29 de mayo de 2020, se debió pagar \$1'957.578,88 y se pagó \$1'461.085.

Por ende, por vacaciones se debió pagar un total de \$6'078.555,42 y se pagó \$6'034.587, por lo que se adeudaría \$43.968,42, valor inferior al que impuso la *A Quo*, por lo que en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

Indemnización por Despido Sin Justa Causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Al punto, encuentra la Sala que la terminación del contrato se justificó con la carta obrante a folios 68 y 69 del archivo 07, en donde se informó que *“dado que la obra para la cual usted fue contratado ya culminó, y puesto que dada la finalización del mismo, el objeto del contrato que lo vinculó con ZTE COLOMBIA SAS cesó de existir, se le indica en esta oportunidad que su contrato de trabajo ha terminado. La anterior situación se hace efectiva a partir de la finalización de la jornada laboral del día 29 de mayo del año 2020”*

De esta manera, la Sala acude al contrato de trabajo, en el que se avizora que el actor fue contratado a fin de que realizara las actividades determinadas para el cargo *Technical Team Leader Backoffice* en desarrollo de la orden de prestación de servicios para el contrato *Claro Back Office* y Configuraciones suscrito entre la demandada y el cliente Claro. Siendo la duración de la obra establecida para el trabajador, cuando este alcance un progreso del 10% del proyecto previamente determinado desde el momento

de ingreso del trabajador en relación a cada uno de los respectivos cortes de cumplimiento en términos porcentuales de 10%, instancia en que se entenderá terminado el contrato. También se entenderá terminado cuando se presente la manifestación del cliente de ZTE de no requerir más la labor y obra, circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, y por disolución liquidación de la demandada o del cliente Claro (fls. 2 a 11 del archivo 02).

Ahora bien, en el plenario obra correo electrónico remitido por el Coordinador Provisión Negocios de Claro del 21 de mayo de 2020, en el que informa que *“Debido a la coyuntura que estamos presentando por la cuarentena y la reducción de Capex que se ha tenido para los diferentes proyectos, nos permitimos informar que el volumen de actividades a ejecutar ha sido reducido en los siguientes porcentajes de actividades aproximadamente, lo cual genera una reducción indefinida de las capacidades actuales para los contratos en mención. Por favor realicen los ajustes operativos pertinentes, toda vez que como es de su conocimiento los contratos no garantizan un mínimo de actividades a ejecutar y no se reconocerán actividades adicionales”* (fls. 62 y 63 del archivo 01).

En ese orden de ideas, no encuentra la Sala que se encuentra configurada la causal que alega ZTE COLOMBIA S.A.S. para terminar el contrato de trabajo, pues esta señaló que había culminado la obra con Claro, no obstante, y como quedó visto, existió fue una reducción del volumen de actividades para ejecutar. En consecuencia, le asiste razón a la *A Quo* al reconocer la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, máxime si se tiene en cuenta que testigos como Elsa Margarita Soler Polanco, Javier Sebastian Torres Morales y Rafael Acosta Carvajal señalaron que el objeto del contrato con Claro se siguió ejecutando y se avizora que al proceso se arribaron otro sí de dicha contratación donde se observa que esta perduró por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2021 (fl.6 del archivo 17).

Así las cosas, y como quiera que la indemnización por despido sin justa causa cuando se está frente a un salario variable se liquida con el promedio de los salarios devengados por el trabajador en lo transcurrido en el último año de servicios (CSJ SL13518-2017 y CSJ SL4743-2018), esto es, con la suma de \$8'350.300, por manera que, el valor a pagar era la suma

de **\$159'212.386,66**; por ende, se **MODIFICARÁ** el literal e) del numeral segundo a fin de establecer tal valor.

Indemnización Moratoria.

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

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

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, la Sala considera que era viable el reconocimiento de sanción moratoria, puesto que no es dable deprecar buena fe del empleador, cuando este al momento de realizar el otro sí al contrato de trabajo a través del que se incluyó que la “bonificación fija” no era salario no menciona los motivos específicos por los que se pagará tal rubro, pues únicamente anuncia que lo será para que el trabajador desempeñe cabalmente sus funciones. Asimismo, la Sala no entiende cómo se denomina que tal bonificación es fija y a la par se establece que se pagará

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00263 -01.

Demandante: **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ.**

Demandado: **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

de forma ocasional, aspectos que generan confusión y que no pueden ser considerados desprovistos de mala fe.

En tales condiciones no es dable deprecar que se ha actuado de buena fe, por lo que, se impondrá sanción moratoria, la que consistirá en **un salario diario –\$280.987,50-por cada día de retardo desde el 30 de mayo de 2020 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**, pues se demandó el 30 de septiembre de 2020, esto es, dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, 29 de mayo de 2020.

En cuanto a la **indexación** se ordenará frente a las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, no siendo así frente a las demás puesto que esta condena resultara incompatible con la sanción moratoria, la que cobija la reliquidación por prestaciones sociales. Lo dicho, conforme a CSJ Rad. 35.603 del 01 de febrero de 2011, y CSJ SL4278-2022.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de ZTE COLOMBIA S.A.S. Las de primera deberán ajustarse teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR los literales a), b), c) y e) del numeral segundo de la sentencia, para en su lugar establecer que por concepto de **prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías e**

Demandante: **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ.**

Demandado: **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

indemnización por despido sin justa causa se deben pagar las sumas de **\$5'283.402,14, \$3'572.230,13, \$426.196,83 y \$159'212.386,66.**

Igualmente, se MODIFICA dicho numeral en el sentido de establecer que solamente las condenas por concepto de **vacaciones e indemnización por despido sin justa causa** se deben reconocer debidamente **indexadas.**

SEGUNDO. –. **MODIFICAR la sentencia** en el sentido de ADICIONAR que ZTE COLOMBIA S.A.S. a favor de DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ **indemnización moratoria**, un salario diario –\$280.987,50-por cada día de retardo desde el 30 de mayo de 2020 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

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

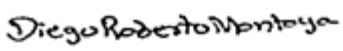
CUARTO. –. Costas en esta instancia a cargo de ZTE COLOMBIA S.A.S. Las de primera deberá reajustarse teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en esta instancia.

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

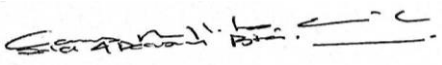
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00263 -01.

Demandante: **DIEGO MAURICIO ARRIETA RAMÍREZ.**

Demandado: **ZTE COLOMBIA S.A.S.**

AUTO

Se señalan a cargo de ZTE COLOMBIA S.A.S como agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written over the printed name.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00290 -01.

Demandante: **FLOR ÁNGELA SÁNCHEZ SANTOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 19 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **FLOR ÁNGELA SÁNCHEZ SANTOS** adelanta contra **COLFONDOS S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. traslade la totalidad de los aportes a COLPENSIONES, que se afiliada a este fondo, reconozca pensión de vejez, intereses moratorios e indexación.

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

Demandante: **FLOR ÁNGELA SÁNCHEZ SANTOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** (archivos 07 a 11) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el I.S.S. hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., realizado el 9 de septiembre de 1999, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la A.F.P. COLFONDOS S. A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros sin descuento alguno y de ninguna naturaleza. Esos descuentos por concepto de gastos de administración, porcentajes destinados a seguros previsionales, o a constituir el fondo de garantía de pensión mínima deberán devolverse a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema propuesta por COLPENSIONES, y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a COLFONDOS y COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de \$1.500.000, a cargo de cada una.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES expuso que no es dable que se condene en costas, puesto que la negativa de la entidad encuentra fundamento en la Ley 797 de 2003, y dado que no se ha cumplido el requisito de edad para acceder a una pensión de vejez; que el traslado de la actora fue libre y voluntario, esta no se acercó al I.S.S. a pedir información incurriendo en una decidía de su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00290 -01.

Demandante: **FLOR ÁNGELA SÁNCHEZ SANTOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

situación pensional; y que la demandada tenía cuatro años para presentar su reclamación rescisoria conforme la normatividad civil.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de abril de 1996 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 14 a 22 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del COLFONDOS S.A. el 09 de septiembre de 1999 (fl.82 del archivo 14).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 82 del archivo 14 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 09 de septiembre de 1999 con COLFONDOS S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Sánchez Santos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (09 de septiembre de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una

proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que COLFONDOS S.A. informó que el I.S.S. se iba a liquidar; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

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

que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien ordenó que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se deben pagar cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales, se hace necesario incluir que dichos rubros se deben pagar debidamente **indexados**.

Igualmente, se **DISPONDRÁ** que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

Demandante: **FLOR ÁNGELA SÁNCHEZ SANTOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLPENSIONES, era dable a imposición

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que los rubros ordenados en este numeral se deben pagar debidamente **indexados.**

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00290 -01.

Demandante: **FLOR ÁNGELA SÁNCHEZ SANTOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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

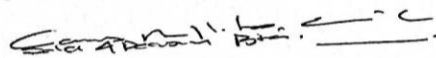
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00445 -01.

Demandante: **GUSTAVO ANDRÉS RAMOS ESPINOSA.**

Demandado: **COMPCASA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COMPCASA S.A.S.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 12 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **GUSTAVO ANDRÉS RAMOS ESPINOSA** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicitó se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios; y que el literal c) de la cláusula octava del aludido contrato es nula o ineficaz. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de sus honorarios profesionales adeudados del 13 de mayo de 2020 al 10 de enero de 2021, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Fue contratado por la demandada en calidad de Médico General mediante contrato de prestación de servicios entre el 10 de febrero de 2020 y el 10 de enero de 2021; **2)** Prestaba sus servicios a personal de Ecopetrol S.A.,

devengando \$4'240.000 mensuales; **3)** En el contrato de prestación de servicios en el literal c) de la cláusula octava se pactó que el contratante podía dar por terminado en cualquier tiempo la relación contractual sin que se generara pago de una indemnización; **4)** Prestando sus servicios padeció de Covid-19, por lo que estuvo incapacitado del 15 de abril al 05 de mayo de 2020; **5)** El 06 de mayo de 2020 solicitó realizar su labor mediante teletrabajo por aun presentar síntomas de Covid-19, pero le fue negada tal solicitud; **6)** El 10 de mayo de 2020 reportó a la contratante a través de la médica de coordinación, vía whatsapp, que el 09 de mayo de 2020 no había visitado un paciente y que tal omisión configuraba un riesgo para el paciente; frente a lo que la coordinadora guardó silencio; **7)** El 12 de mayo de 2020 reportó verbalmente a la demandada sobre la seguridad de los pacientes, empero, tampoco se emitió respuesta; **8)** El 12 de mayo de 2020 se dio por terminado el contrato de prestación de servicios de forma verbal sin argumento alguno, por lo que solicitó que se formalizara tal acto por escrito; **9)** El 26 de mayo de 2020 interpuso recurso de reposición frente a la terminación de su contrato, frente a lo que se manifestó que la finalización de la relación se fundamentaba en el literal c) de la cláusula octava del contrato; el mismo día la demandada aclaró que la terminación era por el motivo aludido; **10)** Remitió cuenta de cobro por el periodo del 13 de mayo de 2020 al 10 de enero de 2021, la que se devolvió por la demandada con el argumento de que no se habían causado; **11)** El 14 de agosto de 2020 le pagaron como abono de sus honorarios la suma de \$1'224.281; y **12)** El 19 de junio de 2020 solicitó certificación, no obstante, el Líder de Calidad le contestó *“usted qué busca qué es lo que quiere?, si usted me pellizca yo lo pellizco”*.

2. Respuesta a la Demanda.

COMPCASA S.A.S. (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la celebración de un contrato de prestación de servicios con el demandante para que este se desempeñara como Médico General, así como su duración, y valor de los honorarios; lo establecido en el literal c) de la cláusula octava del contrato de prestación de servicios; la terminación

verbal del contrato el 12 de mayo de 2020; y la solicitud de cobro de honorarios y la negativa de la empresa.

Expuso que, el demandante de manera libre y voluntaria suscribió contrato de prestación de servicios; que no hay lugar a los honorarios pretendidos desde el 13 de mayo de 2020, puesto que estos no se causaron al finiquitar la relación contractual el 12 de mayo de 2020; que los contratos civiles va envuelta una cláusula penal o sancionatoria ante los eventuales incumplimientos de parte de un contratista; y que lo dicho, por cuanto en múltiples oportunidades recibió quejas de diversos usuarios o compañeros, puesto que en la atención que el demandante brindaba se efectuaban de forma tardía, no se seguían protocolos como el lavado de manos, tomaba una actitud inadecuada en el momento de aceptar sugerencias suministradas en relación con la asignación de suministro de consultas domiciliarias, no se brindaba servicios adecuados a pacientes en cuidados paliativos, ni se ordenaba la medicación para lograr la curación de pacientes.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la cláusula octava del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, por ser violatoria al debido proceso y derecho de defensa del actor.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante, la suma de \$33.496.000, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de los intereses moratorios solicitados.

CUARTO: CONDENAR a la demandada en costas del proceso inclúyase la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que en materia de contratos de prestación de servicios cuando se incorpora personas para que otorguen su fuerza laboral, el contratista se encuentra en una circunstancia de debilidad frente a su contratante; que si bien el demandante voluntariamente firmó el contrato de prestación de servicios, el literal c) de la cláusula octava de este resulta abusiva, pues se establece la terminación con fundamento en una queja por parte de un paciente, y no se determina

un procedimiento para dar por terminado tal relación contractual lo que se encuentra en contravía con lo dispuesto por la Corte Constitucional para garantizar el derecho fundamental del debido proceso; que sumado a lo anterior, al no existir un debido proceso, el trabajador no tiene la oportunidad de defenderse, presentar las quejas, y desvirtuar las conductas que se le endilgan, por demás que si bien la cláusula establece que es posible la terminación de manera verbal, por lo menos debería determinar que se debe informar las causas o motivos; que existe una queja que se le endilgó al galeno y a la que hace referencia la testigo Sandra Duque, no obstante, para tal fecha el actor se encontraba incapacitado; que obran cartas que únicamente contienen el mes sin establecer el día y año, o son del mismo 12 de mayo de 2020; y que por lo anterior, es dable reconocer la suma dejada de percibir por el actor, la que se debe indexar al momento de su pago al verse sometida a depreciación monetaria.

4. Argumentos de la Recurrente.

COMPCASA S.A.S. manifestó que se está frente a un contrato de prestación de servicios, no un contrato de índole laboral en donde el empleador pueda subordinar a su trabajador y exigirle las condiciones de modo en que se va a ejecutar; que contrario a ello, en este tipo de contratos prima la autonomía de la voluntad y la experticia de las partes en el desarrollo de la actividad; que en dicho contrato quedaron claramente denotadas cuales serían las causales de terminación del contrato, pudiendo el demandante manifestar la correspondiente inconformidad, tal y como se colige del interrogatorio de parte del actor tuvo la posibilidad de leer el contrato, y en virtud de ello, obligarse a firmarlo; que existen múltiples quejas presentadas al demandante y si bien algunas de estas fueron condonadas, haciéndose una retroalimentación, lo cierto es que al estar inmersos en un contrato de prestación de servicios, no estaban sometidos a un reglamento interno de trabajo, por lo que, sólo se aconsejaba al demandante, puesto que no podían realizar ningún tipo de llamado de atención ni falta disciplinaria; que las últimas tres quejas presentadas contra el actor datan del 10 al 12 de mayo de 2020, fueron elevadas por diversos pacientes, y por variadas causas, tales como, medicamentos; que en la réplica de las excepciones, el mismo demandante aceptó dos quejas

que fueron presentadas en su contra y que fue en virtud de tal circunstancia que se dio la terminación del contrato de prestación de servicios, lo que se corrobora con el correo electrónico remitido por el demandante donde solicita la ratificación de esa terminación; que no hubo una queja única, pues se allegaron diversas quejas elevadas entre febrero y mayo de 2020; que el contrato era ley para las partes; que no es dable imponer la condena que fijó la *A Quo*, puesto que los servicios en ningún momento fueron prestados por el demandante, y en el contrato se estableció que no había indemnización para ninguna de las partes, por lo que no se entiende porque se impone como condena la suma de los honorarios dejados de percibir; y que las tachas de los testigos no deben prosperar, pues esto sería tanto como exigirle terminar sus contratos para que puedan rendir declaración, por demás que la declaración del representante legal de la demandada fue decretada de oficio, por lo que mal se haría al entender que tenía algún tipo de preparación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es ineficaz la cláusula octava del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, y como consecuencia reconocer al demandante los honorarios dejados de percibir por parte de este?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Honorarios. Celebración de Cláusulas Abusivas- Debido Proceso.

Sea lo primero precisar que CSJ SL2385-2018 estableció que la competencia por concepto de honorarios no se limitaba a su cobro, de modo que los emolumentos que tiene como causa eficiente el contrato de prestación de servicios de carácter privado también pueden reclamarse ante la justicia ordinaria laboral, como el caso de las cláusulas penales, sanciones o multas pactadas en esta clase de acuerdos contractuales así involucre el resarcimiento de un eventual perjuicio, pues se trata de un conflicto propio de una acción de naturaleza laboral, que implica un análisis que se agota en la verificación del incumplimiento del deudor, la consecuente causación de los honorarios u otra remuneración o pago conexo; aspecto que también fue estudiado en CSJ SL020-2023 en donde se consideró que la especialidad laboral podía de este tipo de procesos cuando se alegaba que una cláusula era leonina, abusiva o exorbitante.

Igualmente, en CSJ SL2385-2018 destacó que los contratos de prestación de servicios eran eminentemente civiles o comerciales por disposición expresa del legislador; no obstante, y aunque su retribución se pacte bajo la forma de un contrato comercial o civil, tiene su fuente en el trabajo humano, por lo que es en tal sentido que la jurisdicción del trabajo puede abordar su conocimiento.

Ahora bien, los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C. (CSJ SC Exp. 11001310304320060078201 del 10 de abril de 2013, CSJ SC Exp. 4512 del 17 de mayo de 1995).

Así mismo, dicha noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, deben aplicase en armonía con el artículo 1618 del C.C., de manera que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (CSJ SC 28 de junio de 1989 reiterada CSJ SC del 07 de febrero de 2008 y 30 de agosto de 2011, Ref: 2001-06915-01 y 11001-3103-012-1999-01957-01, respectivamente).

Así las cosas, es claro que en el proceso judicial es deber del juzgador establecer cuál fue la intención de las partes plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, lo que no se reduce ni se supedita, aun siendo claro al sentido literal de las palabras, por cuanto en todo caso, es necesario reconstruir, precisar e indagar según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal.

En el caso de estudio, encuentra la Sala que es objeto de controversia la cláusula octava del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes por ser a juicio de la parte actora leonina, el cual a su letra expresa:

“OCTAVA El presente contrato se resolverá de pleno derecho en los siguientes eventos: **A)** En caso que cualquiera de las partes incumpla con las obligaciones que por el presente asume, **B)** Por terminación o suspensión del contrato de prestación de servicios **C)** En caso de ocasionarse queja de algún usuario contra servicio generado por el **CONTRATISTA**. En cualquiera de los eventos anteriores las partes acuerdan que **EL CONTRATANTE** se encuentra expresamente facultado para dar por terminado el contrato en forma instantánea sin que se genere ninguna indemnización o pago suplementario a favor del **CONTRATISTA**. **PARÁGRAFO:** Durante la vigencia de este contrato o sus prórrogas **EL CONTRATANTE**, lo podrá dar por terminado unilateralmente, mediante aviso previo remitido por escrito verbal sin antelación”.

Pues bien, al punto es menester precisar que la terminación de un contrato de prestación de servicios está supeditado a lo establecido en el artículo 1546 del C.C., norma de la que es posible colegir al tratarse de un contrato bilateral que en estos va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, lo que brinda la posibilidad al contratante cumplido de darlo por terminado o exigir su cumplimiento, con la respectiva indemnización de perjuicios.

Sobre tal punto, en CSJ SC Rad. 1999-01957-01 del 30 de agosto de 2011 reiterada en la SC1962-2022, se precisó:

“(…) la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución”.

Por tanto, es natural que como consecuencia de un eventual incumplimiento de parte del contratista se estableciera una cláusula que contuviera causales que daban lugar a la terminación de dicho nexo contractual; no obstante, dichos incumplimientos deben ser ostensibles y de tal gravedad o magnitud que no queden dudas de su acaecimiento, pues no es dable predicar cualquier tipo para justificar la resolución contractual.

Por otra parte, la H. Corte Constitucional en sentencias T-083 de 2010, T-247 de 2010, T-694 de 2013, y T-054 de 2018 ha explicado que la garantía constitucional del debido proceso en las relaciones contractuales, debe ser respetada en cualquier tipo de vinculación, sea un contrato de trabajo o de prestación de servicios; aspecto que cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que se está frente a una actividad que tiene su fuente en el trabajo humano, como se expuso en precedencia. En sentencia T-694 de 2013 se expuso:

“Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que las garantías previstas en el texto constitucional tienen plena aplicación en las relaciones entre particulares, ya sea respecto a contratos laborales, de prestación de servicios, de aprendizaje, de servicios educativos o de salud, entre otros. Lo anterior, debido a que uno de los principales fines del Estado Social de Derecho es garantizar la efectividad material de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente en todos los ámbitos de la sociedad, tal como lo dispone el artículo 2° Superior.

(…) La Corte IDH, ha establecido que “el artículo 8 de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

En el mismo sentido, ha señalado que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a procesos judiciales, sino a

cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión de éste. De manera que, para la Corte IDH el debido proceso es el derecho de todo ser humano de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, y estas garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. (...)

El derecho fundamental al debido proceso es exigible, tanto para las entidades estatales y sus actuaciones, como también para los particulares, pues un Estado Social de Derecho debe garantizar en toda relación jurídica unos parámetros mínimos que protejan a las personas de actos arbitrarios e injustificados que atenten contra otros derechos fundamentales. Así, en las relaciones laborales, incluso tratándose de empresas del sector privado, éstas no escapan del ámbito de los principios contemplados en la Carta Política”. (Negrillas por la Sala).

Es así como dicha Corte en la aludida sentencia estableció que “Así las cosas, el derecho fundamental al debido proceso resulta plenamente aplicable a las relaciones ante autoridades públicas o particulares, ya sea que se trate de un contrato laboral, de prestación de servicios o, inclusive, de situaciones en las cuales ni siquiera se ha suscrito vínculo contractual. En ese sentido, la autonomía de la voluntad contractual encuentra claros límites ante la eficacia directa de la Carta Política y la vigencia plena de los derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho. Como producto de ello, la garantía constitucional del debido proceso exige la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones que se tomen respecto a la selección o exclusión de una persona para desempeñar una determinada función.”.

En ese orden de ideas, es claro que el contratante con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad contractual no podía incurrir en actos arbitrarios o injustificados en contra del contratista, de modo que, para que pudiera ser aplicada la cláusula resolutoria del contrato de prestación de servicios además de que esta se debía fundamentar un incumplimiento cierto, evidente y de gravedad, los motivos que se alegan debían resultar razonables y proporcionales; aspecto que no es ajeno al criterio imperante en la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha insistido en que es fundamental que la parte afectada se entere de los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a la terminación de su vínculo (CSJ Rad. 6874 del 25 de octubre de 1994, CSJ Rad. 42358 del 02 de mayo de 2012, y CSJ SL2123-2020) y que se garantiza el derecho fundamental del debido proceso cuando al hacerse uso de la

decisión de finalizar un vínculo se realiza con base en una justa motivación, por cuanto un despido no es sanción disciplinaria, y por ende no está atado a un procedimiento en particular, a menos que este se hubiere pactado en contrato, reglamento, o convención colectiva de trabajo (CSJ SL2351-2020).

Así las cosas, se considera que la cláusula octava del contrato de prestación de servicios debe ser interpretada tomando en consideración la garantía mínima del derecho fundamental del debido proceso en los términos aludidos, y en tal sentido que las causales que fundamentaron la terminación del contrato de prestación de servicios sean razonables y proporcionales.

Sentada la anterior precisión, la Sala encuentra que conforme informó el demandante en su libelo genitor, el contrato de prestación de servicios finiquitó el 12 de mayo de 2010 de forma verbal; modalidad de terminación que, si bien estaba permitida en la cláusula octava del aludido contrato, debían ser informados por lo menos los motivos que fundamentaron tal decisión.

Ciertamente, y en cuanto a las razones que dieron lugar a tal finiquito contractual, se observa en misiva del 26 de mayo de 2020, que la demandada informó que finalizó de plano por terminación del contrato de prestación de servicios, y en la carta del 02 de julio de 2020 se señaló que tal finalización obedecía a las múltiples quejas del personal del equipo de la empresa, quienes informaron que se dirigía a ellos de forma inadecuada, con lo que se comprometía el orden interno y las buenas relaciones que debían existir entre el grupo de médicos (fls. 24, 29 y 30 del archivo 01)

De conformidad con lo anterior, la Sala no encuentra que la demandada hubiera comunicado al momento de dar por terminado el contrato de prestación de servicios del actor los motivos en que se fundamentaba tal decisión, pues ello sólo lo alegó con posterioridad en la misiva del 02 de julio de 2020, en donde estableció que lo era por las múltiples quejas presentadas por el equipo de la empresa por diversas actitudes que el demandante tomaba con ellos; circunstancia que ni siquiera es coincidente con lo dispuesto por la demandada al momento de dar

contestación, pues allí se informó que lo la terminación lo fue por diversas quejas elevadas no sólo por compañeros sino especialmente por pacientes en la atención que había tenido con estos.

En esas condiciones, que se hubiere comunicado en debida forma al contratista los motivos de la terminación del su vínculo, por demás que en las condiciones que se presentó, se desconoce de forma certera, las razones de la terminación, lo que impide establecer si este fue cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, y de tal gravedad que resultara razonable y proporcional la terminación de su relación contractual.

Por lo anterior, ciertamente le asistía a quien incumplió sus obligaciones reconocer las correspondientes sanciones que contractualmente se hubiera obligado; no obstante, dentro del contrato de prestación de servicios dicho beneficio se la otorgaron únicamente al contratante, puesto que en la pluricitada cláusula octava se estableció *“las partes acuerdan que **EL CONTRATANTE** se encuentra expresamente facultado para dar por terminado el contrato en forma instantánea sin que se genere ninguna indemnización o pago suplementario a favor del **CONTRATISTA**”*.

De esta manera, de conformidad con lo establecido en los artículos 1546 C.C. y 870 C.Co., quien cumplió sus obligaciones contractuales tenía a su disposición diversos remedios contractuales de carácter jurídico para lograr el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de la terminación del vínculo contractual, ya sea exigir la realización de lo pactado u optar por su extinción mediante la resolución o la terminación, según proceda, y reclamar, asimismo, la reparación del demérito sufrido.

Quiere decir que la parte a quien le incumplieron y que satisfizo o se avino a honrar sus deberes negociales, adquiere por ministerio de la ley, escoger la alternativa que le resulte más eficiente desde su punto de vista económico, pudiendo elegir el cumplimiento del contrato de prestación de servicios o, la resolución, con o sin indemnización de perjuicios.

Sobre el tópico CSJ SC rad. 5659 de 09 de marzo de 2001 reiterada en la CSJ SC1962-2022, dijo:

“El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados. (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407)”.

En ese orden de ideas, el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratante no tiene establecido contractual ni legalmente que la sanción sea reconocer los honorarios profesionales dejados de percibir por la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios, como lo pretende el demandante, y ello es así porque ciertamente dentro del aludido contrato se supeditó el reconocimiento de honorarios a favor del actor por la prestación de sus servicios profesionales como Médico General, por lo que para poder requerir el pago de honorarios durante el 13 de mayo de 2020 y el 10 de enero de 2021 era necesario que se acreditara la gestión que desplegó durante tal periodo; nótese como en tales condiciones, se itera, lo que podía solicitar la parte actora ante la terminación intempestiva de su contrato, era que la demandada cumpliera lo pactado contractualmente y proceder a ejecutar sus servicios por el tiempo que faltare, o la finalización con o sin perjuicios, de manera que si escogía y se pretendía este último, los aludidos perjuicios en todo caso debían estar debidamente acreditados en juicio.

Por anteriormente expuesto, considera la Sala que no queda otro camino que REVOCAR la sentencia, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se ABSUELVE a COMPCASA S.A.S. de las pretensiones incoadas por GUSTAVO ANDRÉS RAMOS ESPINOSA por lo expuesto en la parte considerativa.

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

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

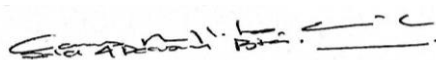
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00445 -01.

Demandante: **GUSTAVO ANDRÉS RAMOS ESPINOSA.**

Demandado: **COMPCASA S.A.S.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written over the printed name.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2021-00125 -01.

Demandante: **PEDRO ALEJANDRO FLORIÁN BORBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PEDRO ALEJANDRO FLORIÁN BORBÓN, COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que promovió el primer recurrente adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y los demás recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; que para todos los efectos se encuentra afiliado a **COLPENSIONES**; Como consecuencia de lo anterior, solicita que los fondos privados trasladen a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que recibió, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, y rendimientos; que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2021-00125 -01.

Demandante: **PEDRO ALEJANDRO FLORIÁN BORBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

COLPENSIONES activen su afiliación, reciban los valores aludidos, y actualicen y corrijan su historia laboral; y perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** (archivos 05, 07, y 11) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.2. Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fls. 78 a 81 del archivo 07), quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 14).

3. Providencia Recurrída.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor al régimen de ahorro individual el 28 de noviembre de 1996, con fecha de efectividad a partir del 1° de enero de 1997 por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

Demandante: **PEDRO ALEJANDRO FLORIÁN BORBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante-aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el actor por concepto de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A, COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: DECLARAR PROBADAS la excepción propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionada en la parte motiva frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de SKANDIA S.A y COLPENSIONES.

NOVENO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado Liquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que se debe imponer costas contra COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. por cuanto estas entidades fueron vencidas en juicio, y se opusieron de forma activa.

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** manifestó que los efectos de la ineficacia deben estar regulados en la ley, no obstante, frente a los gastos de administración no se observa que estos deban ser trasladados a COLPENSIONES, pues no están contemplada su devolución en el ordenamiento jurídico, por demás que es la misma ley la que establece su

destinación, y en cumplimiento de ello no se encuentran en manos del fondo; que sobre dichos gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción, pues son económicos, periódicos, y no están dirigidos a sufragar la pensión; que se debe condenar a la llamada en garantía, pues aunado a que en otras demandas que han sido conocidas por la Corte Suprema de Justicia no se invocó, es dicha llamada la que debe asumir los seguros previsionales, puesto que el efecto es que las cosas se retrotraigan al estado anterior, de modo que también quedó sin piso el contrato de seguro, lo que se encuentra acorde con las normas comerciales que rigen la materia; que frente a dichas primas también opera la excepción de prescripción; que la indexación no fue solicitada en la demanda; y que se debe tener en cuenta la figura de la compensación, ya que, los rendimientos compensan la depreciación de la moneda de los aportes, no siendo dable condenar de forma doble.

Finalmente, **COLPENSIONES** señaló que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria; que el traslado se solicita luego de 25 años, y cuando no era necesario dejar información documentada diferente al formulario de afiliación; que no se está frente a una persona con régimen de transición y se está en contravía de las normas que establecen la movilidad entre regímenes; que el traslado pondría en riesgo el régimen pensional, puesto que el demandante no ha efectuado aportes a dicho sistema a diferencia de las personas que sí han realizado estos; que se deben reintegrar la totalidad de los valores que recibieron los fondos privados; y que no se debe condenar en costas, puesto que es un tercero que resultó afectado de las decisiones del fondo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

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

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores efectuados dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 20 de febrero de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 46 a 48 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de noviembre de 1996 (fl. 34 del archivo 01).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 34 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 28 de noviembre de 1996 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Florián Borbón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de noviembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se

extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el fondo privado le manifestó que la oferta consistía en indicar la inestabilidad del I.S.S., y la ventaja que tenía el fondo al estar en un fondo privado por el respaldo económico que este presentaba; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, y dado que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante se incluyó aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, la decisión de la *A Quo* se confirmará.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición oficiosa es viable como quiera que no comporta una condena adicional a la requerida, y por ello con ella no se afecta el principio de congruencia (CSJ SL359-2021 reiterada en la CSJ SL859-2021 y CSJ SL3650-2021). Por las mismas razones, no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo.

Del mismo modo, lo dicho también implica que le correspondía a PROTECCIÓN S.A. devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados; condena que de igual manera impuso la *A Quo* por lo que también se confirmará.

Así mismo, se observa que la *A Quo* dispuso que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. debían aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen; aspecto que comparte plenamente esta Sala por lo que también se confirmará.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Llamamiento en Garantía.

Al respecto, encuentra la Sala revisado el plenario que a folios 82 a 87 del archivo 05 obra pólizas No. 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece *“Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”*; lo que implica que las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente *litis*.

Adicionalmente, y como quedó visto la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por lo que no es dable imponer tal condena.

Demandante: **PEDRO ALEJANDRO FLORIÁN BORBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, se hace necesario **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral octavo** de la sentencia en cuanto absolvió en costas a dichas demandadas, para en su lugar condenarlas al reconocimiento y pago de tal rubro.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral octavo** de la sentencia, en cuanto absolvió a COLPENSIONES y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a reconocer y pagar **costas**, para en su lugar, CONDENAR a dichas demandadas a reconocer y pagar tal rubro.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2021-00125 -01.

Demandante: **PEDRO ALEJANDRO FLORIÁN BORBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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

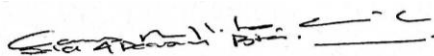
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00201 -01.

Demandante: **MARCELA RODRÍGUEZ SUÁREZ.**

Demandado: **BOG HOTEL OPERADORA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARCELA RODRÍGUEZ SUÁREZ** adelanta contra **BOG HOTEL OPERADORA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de la diferencia del 50% dejada de pagar en el salario mensual por lo meses de mayo a agosto (sic); auxilio de rodamiento como auxilio de conectividad; reliquidación del salario de septiembre de 2020; reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima legales, e indemnización causada durante la relación laboral; indemnización moratoria; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Prestó sus servicios a la demandada del 06 de mayo de 2019 al 02 de septiembre de 2020, desempeñando el cargo de Gerente de Ventas Senior;

2) Se encontraba bajo las órdenes de Fernando Lastra Lastra, quien era el Asset Manager de la demandada; **3)** A su cargo estaba la función de liderar el equipo de ventas del hotel, lográndose que empresas como Coca Cola, JPMorgan, WPP, Discovery Channel fueran clientes de la demandada; **4)** Devengaba \$4'200.000 más comisiones, las que dependían del cumplimiento del presupuesto del demandado; **5)** Pactó un auxilio de rodamiento por valor de \$500.000; **6)** A causa de la pandemia generada por el Covid-19 se ordenó el aislamiento de personas naturales, permitiéndose la circulación en la industria hotelera de actividades encaminadas a prevenir, evitar y mitigar dicho virus; **7)** El 01 de abril de 2020 se le informa acerca del cierre del hotel, por lo que empezó a laborar en la modalidad de teletrabajo, incurriendo en gastos para poder cumplir su trabajo, tales como lograr una conectividad efectiva para así atender a sus clientes; **8)** El hotel tenía una ocupación del 20% por estadias permanentes; **9)** Mediante correo electrónico se le informó que su jornada y salario sería modificados, fijándose 24 horas de trabajo al día y reduciéndose el salario un 50%; asimismo, se dejó de pagar auxilio de rodamiento; **10)** Percibió entre mayo y agosto de 2020, \$1'050.000; **11)** El demandado fue acreedor del programa de apoyo de empleo formal- P.A.E.F.; **12)** Pese a estar en pandemia laboró ininterrumpidamente desde su casa, permaneció a disposición de su empleador, atendiendo diversas solicitudes de clientes de forma virtual, lo que incluso incremento su jornada laboral; **13)** Manifestó su inconformidad frente a una nueva reducción salarial ante el incremento de su jornada laboral, no obstante, la demandada le contestó que era imposible cambiar tal situación; **14)** El 30 de agosto de 2020 se le terminó su contrato de trabajo, siendo persuadido a firmar un acta de finiquito contractual de mutuo acuerdo, lo que no aceptó; **15)** Se informó por escrito la finalización de la relación laboral el 02 de septiembre de 2020 y se procedió a pagar la liquidación de prestaciones sociales, sin embargo, lo que allí se reconoció no se acompasa con lo que debió percibir en la realidad; **16)** El 30 de septiembre de 2020 solicitó explicación de su liquidación, dándose respuesta negativa el 08 de octubre de la misma anualidad; y **17)** El 20 de octubre de 2020 petitionó información acerca del valor pagado por concepto de P.A.E.F. y la posibilidad de arribar a un acuerdo amigable, a lo que se respondió que los primeros fueron utilizados frente a gastos de los trabajadores y se llevó a cabo reunión en la que no se logró arribar a un acuerdo.

2. Respuesta a la Demanda.

BOG HOTEL OPERADORA S.A.S. (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo, extremos temporales, salario básico, cargo y funciones del actor; la pandemia genera por el Covid-19 y el aislamiento ordenado por el Gobierno Nacional; el cierre del hotel el 01 de abril de 2020; la disminución del salario y los pagos que se hicieron entre mayo y agosto de 2020; la calidad de beneficiario del auxilio P.A.E.F.; la falta de aceptación de una nueva reducción del salario por parte del actor; la terminación del contrato de trabajo el 02 de septiembre de 2020 y su liquidación; y las peticiones elevadas por el demandante.

Expuso que consecuencia del cierre del hotel con ocasión de la pandemia generada por el Covid-19 se vio afectada de manera dramática; que el cierre se fundamentó en una situación de fuerza mayor o caso fortuito, y pese a ello intentó mantener a sus trabajadores; y que pactó con sus trabajadores jornadas menores y pagos de montos salariales menores, acuerdos a lo que se arribó de forma libre de vicios.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que en virtud del principio de libertad contractual que rige las relaciones laborales es posible modificar las condiciones del contrato de trabajo; que la demandante aceptó los acuerdos, teniendo en cuenta la situación de pandemia originada por el Covid-19; que si bien la actora hizo manifestaciones relacionadas con que no se aceptarían nuevas modificaciones del contrato de trabajo, lo que generó posteriormente la terminación de este, lo cierto es que frente al acuerdo inicial no se observa ningún vicio del consentimiento que pudiera generar su nulidad; que en la demanda se hizo alusión que el trabajo se

incrementó, no obstante, tal circunstancia no se demostró; que por lo anterior, no hay lugar a reliquidar salarios, prestaciones sociales y vacaciones; que el auxilio dispuesto por el Gobierno Nacional era inferior al que percibía cada trabajador, por lo que, está sola razón no era suficiente para que se pactara una disminución del salario; que frente al auxilio de conectividad el Gobierno Nacional mediante Decreto 771 de 2020 señaló que mientras estuviera vigente la pandemia era dable el reconocimiento de tal rubro, siempre y cuando se devengara menos de dos salarios mínimos, sin que exista un pacto entre las partes de que se pudiera reconocer tal suma era superior, por demás que no se acreditó que la trabajadora hubiera tenido que asumir un incremento en sus servicios públicos por conectividad; que se pactó que el auxilio de rodamiento no era salario, por demás que con la pandemia se restringió la modalidad y por ende, no se causó; que de lo percibido en 2020 se tiene que el promedio salarial era de \$5'396.035, valor que fue tenido en cuenta por la demandada para liquidar cesantías, intereses a las cesantías, e indemnización por despido sin justa causa; y que de igual manera se tuvieron en cuenta los respectivos promedios salariales semestrales para liquidar primas de servicios, así como se tomó un promedio superior al salarial del año de 2020 para liquidar vacaciones.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el grado jurisdicción de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento del 50% del salario a favor de la actora por los meses de mayo a agosto de 2020?, ¿es dable ordenar auxilio de conectividad?, ¿fueron indebidamente liquidados el salario de septiembre de 2020, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa de la actora?, y, ¿es factible ordenar sanción moratoria o indexación?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Acuerdos Entre las Partes de una Relación Laboral.

El artículo 50 del C.S.T. establece que todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica; y que cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde al juez laboral decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor.

En cuanto a la posibilidad de revisar el salario, de antaño CSJ en sentencia del 14 de julio de 1960 explicó que si bien el salario es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, en casos en los que sobrevienen circunstancias imprevisibles o de grave alteración de la normalidad económica, es susceptible de revisión por petición de cualquiera de las partes; que si el trabajador considera que la determinación patronal no tiene justificación alguna y es puesta en práctica, para alegar la ruptura ilegal del contrato una vez que se le ofrece el pago de su salario desmejorado; y que si el trabajador acepta la rebaja y esta se extiende con el asentimiento de este, que puede ser tácito, por el resto del contrato, durante varios meses, no será legalmente adecuado aducirla con posterioridad como motivo del rompimiento contractual.

De esta manera, para que las partes dentro del contrato de trabajo puedan revisar las condiciones de su contrato de trabajo y modificarlas sin necesidad de acudir al juez laboral se debe realizar la modificación de mutuo acuerdo, y debe fundamentarse en causas imprevisibles que generen graves alteraciones de la normalidad económica; dicha aceptación podrá ser tácita si durante varios meses no se transmitió inconformismo por parte del trabajador.

Descendiendo al caso, encontramos que se vinculó a la actora mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Gerente de Ventas Senior con un salario de \$4'000.000 a partir del 06 de mayo de 2019 (fls. 28 a 35 del archivo 09); y que el 01 de mayo de 2020 entre las partes del contrato de trabajo se suscribió una “adendo” estableciéndose que la remuneración mensual sería de \$2'100.000, entre mayo y junio de 2020 y la jornada laboral de 24 horas semanales, en virtud del impacto generados por el COVID-19 en el objeto social de la demandada, acuerdo que se extendió hasta agosto de 2020 con la anuencia de la demandante según “adendo” del 01 de julio de 2020 (fls. 37 a 41 del archivo 09).

Así, resulta claro que fue decisión de las mismas partes del contrato de trabajo de mutuo acuerdo modificar sus condiciones laborales ante la anormalidad económica generada por el COVID-19; fenómeno en el que se encontraban de acuerdo ambas partes, por lo que, en tal sentido la expresión de voluntad en tal sentido del trabajador y del empleador bastaría para establecer que se encuentra en debida forma la revisión del contrato de trabajo y por ende, la variación de sus condiciones iniciales.

En todo caso, se rememora que en virtud de la crisis sanitaria generada por la aparición del virus COVID- 19, el Ministerio de Salud y de la Protección Social promulgó la Resolución 385 de 2020, prorrogada a través de las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222 del 25 de febrero de 2021; a la par, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se realizó la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental, con el fin de hacer uso de facultades extraordinarias para conjurar tal situación; y luego, el 22 de marzo de 2020

profirió el Decreto 457 a través del que se determinó que actividades podían tener libre circulación, lo que se fue ampliando paulatinamente mediante los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, y 1076 de 2020.

Así, ciertamente el panorama generado por la pandemia ocasionado por el COVID- 19 por regla general no permitió en virtud de la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental la libre circulación; no obstante, tal circunstancia se fue conjurando gradualmente, permitiendo que diversas empresas siguieran prestando sus servicios.

Al punto, se hace menester recordar que el objeto social de la demandada es *“operar y administrar el BOG HOTEL, pudiendo desarrollar todas las actividades y celebrar toda clase de contratos que tengan conexión con tal objeto. La sociedad podrá llevar a cabo, en general, todas las operaciones de cualquier naturaleza que ellas fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así como cualesquiera actividades similares, conexas o complementarias o que permitan facilitar o desarrollar el comercio o la industria de la sociedad”* (archivo 05).

Ahora bien, los Decretos 593, 636, y 749 de 2020, vigentes durante la época de celebración de los “adendos” para la disminución del salario, establecieron que en la industria hotelera, únicamente era posible desarrollar las actividades *“estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19”*. En ese orden de ideas, ciertamente existió una circunstancia imprevisible como lo fue la existencia de una pandemia causada por el COVID-19 que generó a su vez una emergencia sanitaria, y que repercutió en la estabilidad económica de la demandada, la que tenía por objeto social la prestación del servicio hotelero.

En consecuencia, además de existir un mutuo acuerdo entre el trabajador y su empleador en el cambio de sus condiciones contractuales por las alteraciones económicas, esta se encuentran plenamente justificadas las razones para que las partes hubieran revisado las condiciones del contrato de trabajo y de esta manera pactar la disminución de la jornada laboral y a la par, del salario, pues ciertamente dentro de la industria

hotelera existían restricciones que impedían desarrollar plenamente su objeto social; en todo caso, habrá de advertirse que si bien la demandante manifiesta que su jornada salarial no disminuyó y por el contrario aumentó con el trabajo en casa, lo cierto es que frente a dicha aseveración no se encuentra prueba que la soporte, y se itera, estuvo de acuerdo con el cambio de tales condiciones laborales. Por lo tanto, no se reconocerá la diferencia del 50% del salario pretendida por la demandante entre mayo y agosto de 2020.

Auxilio de Conectividad.

Durante la emergencia sanitaria por COVID-19 mediante Decreto 771 del 03 de junio de 2020 se indicó que el empleador debía reconocer el valor establecido para el auxilio de transporte como auxilio de conectividad digital; que dicho beneficio aplicaba en el sector privado y público; que está dirigido para trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos legales vigentes; que la medida era temporal y transitoria mientras estuviera vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social; y que el auxilio de conectividad y el auxilio de transporte no son acumulables.

De esta manera, para que un trabajador sea beneficiario del auxilio en estudio era necesario que cumpliera los mismos requisitos para ser beneficiarios de un auxilio de transporte, especialmente, devengar menos de dos salarios mínimos; no obstante, la demandante percibía la suma mensual de \$2'100.000, rubro superior a dicha cantidad de salarios mínimos, pues este para 2020 equivalía a \$877.803. Por ende, no era dable reconocer tal auxilio a la demandante.

Reliquidación del Salario de Septiembre de 2020, Prestaciones Sociales, Vacaciones e Indemnización por Despido sin Justa Causa.

Sobre el tópico sea lo primero aclarar que el auxilio de rodamiento no se solicitó como salario, por demás que no se desplegó actividad probatoria para acreditar que se pagaba como contraprestación por los servicios prestados por la demandante, por lo que en tales condiciones únicamente

es dable verificar la liquidación del salario de 2020, prestaciones sociales vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta la asignación básica, comisiones, y tiempo suplementario debidamente promediados.

Dicho ello, tenemos que frente al salario de **septiembre de 2020**, únicamente se causaron dos días, y que estos se pagaron sobre la base salarial de \$4'200.000 (fl.21 del archivo 09).

En cuanto a las prestaciones sociales, tenemos que por concepto de **cesantías** no se acreditaron sumas adicionales a la asignación básica para 2019, por lo que se tendrá esta, \$4'000.000, de modo que se debió pagar por tal anualidad, \$2'611.111,11, empero se acreditó una suma superior, \$3'278.623. En cuanto a 2020 se evidencia que el promedio salarial fue la suma de \$5'396.035,41, por lo que, se debió pagar \$3'627.334,92, misma suma pagada en la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que, no es dable efectuar condena por tal concepto.

Igualmente, y teniendo en cuenta el valor de las cesantías reconocidas a favor de la demandante, el valor a pagar por **intereses a las cesantías** de 2019 y 2020 es de \$256.825y \$292.605,02; mismas sumas que se pagó por parte de la demandada, de manera que no es dable imponer condena.

En cuanto a las **primas de servicios** tenemos que no se acreditaron sumas adicionales a la asignación básica para 2019, por lo que se tendrá esta, \$4'000.000, de modo que se debió pagar por tal anualidad, \$2'611.111,11, empero se acreditó una suma superior, \$3'145.952; por el primer semestre de 2020 el salario promedio era la suma de \$6'508.003,17, por lo que se debió pagar \$3'254.001,58, sin embargo, se pagó una suma superior, \$3'454.365; en cuanto al segundo semestre de 2020, el salario promedio equivalía a la suma de \$2'167.741,93, por lo que se debió pagar la suma de \$373.333,33, mismo valor que pagó la demandada. Por ende, no hay lugar a imponer condena por tal concepto.

En lo que respecta a **vacaciones** no se encuentra pago alguno por tal concepto, por manera que debió pagarse su respectiva compensación en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00201 -01.

Demandante: **MARCELA RODRÍGUEZ SUÁREZ.**

Demandado: **BOG HOTEL OPERADORA S.A.S.**

dinero, la que a las voces del numeral 3° del artículo 189 del C.S.T. se debe calcular con el último salario devengado por la trabajadora, esto es, con \$4'200.000. Por tanto, se debió pagar un total por tal concepto de \$3'470.833, empero, se reconoció \$3'575.773; suma superior, por lo que no se impondrá condena.

Finalmente, y en lo que respecta a la **indemnización por despido sin justa causa**, se debió pagar 43,44 días de salario teniendo en cuenta el promedio salarial del último año laborado (CSJ SL4743-2018), por lo que, el valor a reconocer era la suma de \$7'814.258,09, no obstante, se pagó la suma de \$6'565.176, de manera que se adeuda por concepto de tal sanción **\$1'249.082,09**; por lo que, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se ordenará el reconocimiento y pago de tal valor.

Sanción Moratoria e Indexación.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador conforme lo dispone el artículo 65 del C.S.T.; no obstante, en el caso en estudio no se impuso condena por tales conceptos, por lo que, se absolverá de tal sanción.

Pese a lo anterior, como quiera que la condena por concepto de reajuste de indemnización por despido sin justa causa se ha visto sometida a depreciación monetaria se ordenará su pago debidamente indexado.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00201 -01.

Demandante: **MARCELA RODRÍGUEZ SUÁREZ.**

Demandado: **BOG HOTEL OPERADORA S.A.S.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone **CONDENAR** a BIG HOTEL OPERADORA S.A.S. a reconocer y pagar a MARCELA RODRÍGUEZ SUÁREZ la suma de \$1'249.082,09 por concepto de reajuste de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada. Se ABSUELVE de las demás pretensiones incoadas en contra de BIG HOTEL OPERADORA S.A.S. por parte de la demandante.

SEGUNDO. -Sin costas en esta instancia.

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

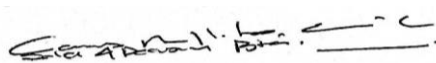
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2021-00386 -01.

Demandante: **MARÍA STELLA VARGAS MÉNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

NO ACEPTAR la renuncia de poder elevada el 24 de mayo de 2023 por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con la C.C. 1.037.639.320 de Envigado y T.P. 288.820 del C.S. de la j. como apoderada de COLPENSIONES, como quiera que no allegó comunicación enviada a su poderdante en la que pusiere en conocimiento la renuncia al mandato concedido, conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA STELLA VARGAS MÉNDEZ** contra la providencia que el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de

Demandante: **MARÍA STELLA VARGAS MÉNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

compañera permanente, a partir del 18 de julio de 2016. Igualmente, solicita intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) José del Carmen Sánchez Ramírez nació el 27 de enero de 1946; **2)** El señor Sánchez Ramírez a la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 300 semanas cotizadas, así como alcanzó 427 semanas en toda su vida laboral; **3)** Convivió con el señor Sánchez Ramírez durante 35 años, con quien compartió techo, lecho y mesa, y procreó cuatro hijos; **4)** El 10 de junio de 2016 falleció el señor Sánchez Ramírez; y **5)** El 04 de septiembre de 2019 solicitó pensión, empero, no se ha emitido respuesta.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivos 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que no se encuentra acreditada una convivencia de cinco años entre la actora y el causante; que la norma que le resulta aplicable al causante es la Ley 797 de 2003, sin embargo, no se acreditan los requisitos de esta, pues este no acumuló 50 semanas dentro de los últimos tres años de vida; y que por lo anterior, es dable acudir en virtud del principio de la condición más beneficiosa a la Ley 100 de 1993, no obstante, tampoco se demuestran los requisitos para acceder a través de tal régimen, puesto que no acredita semanas dentro del último año anterior a su fallecimiento.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que al fallecer el causante el 18 de julio de 2016 la norma aplicable es la Ley 797 de 2003; que el exánime no alcanzó 50 semanas dentro de los tres anteriores al fallecimiento, por lo que, es dable acudir al régimen anterior en virtud del principio de la condición más beneficiosa; que las decisiones de la Corte

Suprema de Justicia constituyen precedente, y se apartan razonablemente de las consideraciones de la Corte Constitucional, por demás que las sentencias de tutela sólo tienen efectos *inter partes*; y que tampoco se cumplen los requisitos de la Ley 100 de 1993.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que se deben tener en cuenta las sentencias SU-442 de 2016 y SU-605 de 2018, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, puesto que el demandante acreditó los requisitos de tal normatividad, pues tenía más de 300 semanas en toda su vida laboral.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable reconocer la prestación de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa y el Acuerdo 049 de 1990?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Condición Más Beneficiosa. Ley 797 de 2003 a Ley 100 de 1993 en su redacción original.

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

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor José del Carmen Sánchez Ramírez -18 de julio de 2016- (fl. 12 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; normas que establecen que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento.

En el *sub lite*, observa la Sala que el señor José del Carmen Sánchez Ramírez alcanzó 427,43 semanas, de las cuales ninguna fue cotizada en el año inmediatamente anterior a su deceso; lo dicho, conforme a la documental a folios 18 a 20 del archivo 01.

Así las cosas, es procedente acudir al principio de la condición más beneficiosa a efectos de verificar si es dable el reconocimiento de la prestación pensional, pudiendo esta Sala acudir a la norma inmediatamente anterior, que para el caso es la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En este punto, se esclarece que la Sala se acoge al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia pues este se comparte plenamente, puesto que atender el razonamiento de la H. Corte Constitucional sería tanto como

desconocer de manera frontal el efecto de la retrospectividad de la ley, dando aplicación a una disposición que, de manera expresa, fue derogada; este aspecto fue advertido por la primera corporación aludida en sentencia CSJ SL184-2021 en la que señaló que se apartaba de lo dispuesto en la sentencia SU-005 de 2018, por cuanto significaba la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa, imponiendo reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional; se desconocía los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad; y la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible.

Así las cosas, y para acudir a la Ley 100 de 1993 en su redacción original encontramos que CSJ SL4650-2017 reiterada en la CSJ SL2567-2021 y CSJ SL687-2023, explicó que sólo era posible que tal ley diferir los efectos jurídicos de la citada ley hasta el 29 de enero de 2006; parámetro que no se acredita en el *sub lite*, dado que como quedó visto el causante tuvo se deceso el 18 de julio de 2016.

Por otra parte, la actora tampoco demostró que su compañero permanente hubiere cotizado el número mínimo de semanas para la pensión de vejez, para de esa manera acceder a la prestación de sobrevivientes en aplicación del parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como quiera que en toda la vida laboral acumuló apenas 427,43 semanas.

Además, si bien el causante era beneficiario del régimen de transición, dado que para al 01 de abril de 1994 tenía 47 años de edad, pues nació el 27 de enero de 1946 (fl. 11 del archivo 01), no acredita el cumplimiento de los requisitos de la prestación de vejez contemplados en el Acuerdo 049 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2021-00386 -01.

Demandante: **MARÍA STELLA VARGAS MÉNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

1990, pues como quedó visto no acumula 500 o 1000 semanas de cotización.

Por lo anteriormente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

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

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

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2021-00386 -01.

Demandante: **MARÍA STELLA VARGAS MÉNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2021-00398 -01.

Demandante: **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 19 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., así como de su posterior traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A.; y que la entidad a la que se encuentra afiliada es COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A. devuelva las sumas de dinero que figuren en su

Demandante: **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

cuenta de ahorro individual, tales como, aportes, rendimientos, comisiones, y bonos pensionales; y que sea actualizada su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (archivos 09 a 11) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda, también propuso la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora al régimen de ahorro individual el 18 de agosto de 1995, con fecha de efectividad a partir del 18 de agosto del mismo año por intermedio de la A.F.P. PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., quedando afectado por la ineficacia también de los traslados que se realizaron entre PORVENIR S.A. y HORIZONTE, HOY PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante - *aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales*-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Para ello se concede el término de un mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la actora por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

Demandante: **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP SKANDIA S.A y a favor de la demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

4. Argumentos de las Recurrentes.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. expuso que no debe pagar gastos de administración y seguros previsionales, puesto que estos no hacen parte de la cuenta individual de la demandante, y en su momento se trasladaron todos los valores que tenía en su poder; que tendría que asumir el fondo de sus propios recursos tales condenas, pues tales rubros se encuentran en manos de terceros; que opera prescripción frente a dichos conceptos, puesto que son emolumentos periódicos que no están dirigidos a cubrir la pensión, por demás que el seguro previsional está sujeto a normas de derecho comercial; y que no es dable reconocer indexación, como quiera que esto no se pidió desde la demanda, con lo que además se está compensando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda con el pago de rendimientos.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** adujo que si la condena es devolver las cosas a su estado original, estas no incluyen gastos de administración, lo que tiene más apariencia de un pago de perjuicios, los que se debieron acreditar en juicio; que no es dable acceder a la indexación, pues no se pretendió y con ello, se generaría una doble condena; y que los seguros previsionales se entregaron a tercero de buena fe, pues de reconocerse sería con su propio peculio lo que es un detrimento injustificado en su contra.

Finalmente, **COLPENSIONES** señaló que la actora se trasladó de forma libre y voluntaria; que la actora realizó actos de relacionamiento al efectuar diversos traslados horizontales; que para la época del traslado no era necesario dejar un registro de la información suministrada al afiliado, por demás que no se genera un efecto adverso como lo es perder el régimen de transición; que se deben devolver los valores que recibieron los fondos; y que no debe ser condenada en costas por tratarse de una entidad pública.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 31 de octubre de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 27 y 28 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del A.F.P. Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 18 de agosto de 1995 (fl.36 del archivo 01).

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

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

brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse como una señal nítida del deseo de la persona de realizar una afiliación o de desafiliarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de ineficacia; que esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría; y que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos, si el afiliado no pudo acceder a su derecho básico de obtener una información suficiente la consecuencia, es la ineficacia del traslado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 36 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de agosto de 1995 con A.F.P. Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Chirivi Pinzón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (18 de agosto de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que A.F.P. Pensionar informó que el I.S.S. se iba a liquidar, que podría tener una mejor pensión, y que tendría una prestación segura; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 14 de

marzo de 2001 (fl.37 del archivo 01), Horizonte Pensiones y Cesantías a PORVENIR S.A. el 05 de octubre de 2009 (fl.84 del archivo 10), PORVENIR S.A. a Horizonte Pensiones y Cesantías el 28 de abril de 2010 (fl.85 del archivo 10), y a Horizonte Pensiones y Cesantías a PORVENIR S.A. el 13 de diciembre de 2010 (fl.86 del archivo 01), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía A.F.P, Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en

Demandante: **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En consecuencia, y dado que se ordenó que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se deben incluir cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, comisiones, capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima y gastos de administración debidamente indexadas, se considera que le asiste razón a la A Quo, así como en que se haya dispuesto que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por ende, tal decisión se confirmará.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición oficiosa es viable como quiera que no comporta una condena adicional a la requerida, y por ello con ella no se afecta el principio de congruencia (CSJ SL359-2021 reiterada en la CSJ SL859-2021 y CSJ SL3650-2021). Por las mismas razones, no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos.

Por las mismas razones, es acertada la decisión de establecer que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. debe devolver las sumas descontadas por comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, y los valores pagados para la garantía de pensión mínima debidamente indexados.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2021-00398 -01.

Demandante: **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por parte del Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2021-00398 -01.
Demandante: **LUZ AMPARO CHIRIVI PINZÓN.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **SKANDIA S.A.**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de Colpensiones, contra la providencia que el Juzgado Dieciséis del Circuito de Bogotá profirió el 22 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO** adelanta contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., y posteriormente a SKANDIA S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. trasladen aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** (fls. 1 a 42 del archivo 13, 1 a 98 del archivo 17, y 1 a 174 del archivo 20) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizara el demandante señor **JUAN JOSE FERREIRA SANDINO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.159.668 y que tuvo lugar el día 20 de junio de 1994 por ante AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy AFP PORVENIR S.A., lo que acarrea también la ineficacia del traslado horizontal que realizara el día 29 de marzo del año 2004 por ante la AFP SKANDIA S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **SKANDIA S.A.**, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, incluyendo valores por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y en general toda suma que se hubiese recibido por motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a recepcionar los recursos condenados en presente sentencia, y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara, como el único en el cual de forma valida se ha encontrado afiliado al demandante en el sistema de pensiones

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los valores de **UN (1) SMLMV** a cargo de casa una de las AFP demandas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., y el valor de **MEDIO (1/2) SMLMV** a cargo de COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

4. Argumentos de las Recurrentes.

SKANDIA S.A. señaló que no hay lugar al traslado de las sumas adicionales a COLPENSIONES, debido a que no se puso en tela de juicio en el proceso, prestación económica alguna referida a una contingencia de invalidez o muerte; que el Decreto 3995 de 2008 indica de manera taxativa los emolumentos que deben trasladarse, por lo que no hay lugar a la devolución de gastos de administración; que constituye un perjuicio económico condenar al pago de los gastos de administración, en virtud de que efectivamente fueron empleados con el propósito de administrar la cuenta de ahorro individual y su condena se traduce en un perjuicio económico; y que en caso de confirmarse la decisión operó el fenómeno de la prescripción.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, los cuales fueron presentados por SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., así como el traslado posterior efectuado dentro del R.A.I.S.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 20 de enero de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 3 al 6 del archivo 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 20 de junio de 1994 (fl.7 del archivo 02).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 7 del archivo 02, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de junio de 1994 con HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ferreira Sandino se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (20 de junio de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de HORIZONTE S.A. señaló que el I.S.S. se iba a acabar y que la mejor opción era ingresar a los fondos privados que estaban llegando al país; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA S.A. el 29 de marzo de 2004 (fl.8 del archivo 02), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1994 (año en que se trasladó de régimen) la información

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

Por lo expuesto, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además del capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, también deberá

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones y valores destinado al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le corresponde a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por **gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima** debidamente indexados, no habiendo sido advertido por el A Quo en la sentencia, por lo que, se **ADICIONARÁ al numeral segundo** tal condena.

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

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

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además del capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto del **bono pensional, comisiones, y valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se ADICIONA el aludido numeral en el sentido de establecer que la demandada **PORVENIR S.A.** debe devolver a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por **gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados.**

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

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

TERCERO.– Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00416-01.

Demandante: JUAN JOSÉ FERREIRA SANDINO

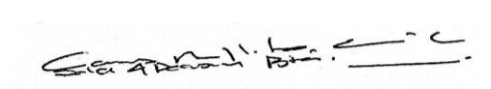
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2021-00099-01.

Demandante: NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a favor de **NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ** contra la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta contra el beneficiario de la consulta contra **COLPENSIONES**.

II. AUTO

Obra a folio *06renuncia* del cuaderno digital de segunda instancia, renuncia del apoderado de COLPENSIONES, la cual se acepta, bajo las condiciones establecidas en el art. 76 del Código General del Proceso – CGP, aplicable por reenvío a esta jurisdicción.

Asimismo, la Sala reconoce personería para actuar a la abogada Olga Teresa Rodríguez García, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.272.884 de Bogotá y T.P. No. 233.440 del C.S de la J, como apoderada en sustitución de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *05podercolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó de COLPENSIONES que se declare que tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, incluyendo el periodo comprendido entre enero a diciembre de 2014, así como el pago de los intereses moratorios, indexación y costas en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, que nació el 5 de noviembre de 1954, que le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión de vejez el 15 de agosto de 2018, en la que solo se tuvo en cuenta 85 semanas de cotización comprendidas entre el mayo de 2007 y enero de 2009, omitiendo el periodo de enero a diciembre de 2014, por lo que presentó recursos de reposición y apelación, pero la entidad se mantuvo negativa frente a su solicitud de reliquidación (00225022021demanda.pdf).

3.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES contestó a la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que le reconoció la indemnización sustitutiva de pensión de vejez el 15 de agosto de 2018 mediante Resolución SUB 216835, y si bien solicitó que se realice la devolución de aportes con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, no son procedentes por estar excluido del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por ser aportes que se hicieron en el 2019, en cumplimiento a sanción interpuesta por la UGPP, por aportes entre enero a diciembre de 2014; No obstante, mediante Resolución SUB65280 de 12 de marzo de 2021 reliquidó la indemnización sustitutiva teniendo en cuenta tales periodos, para un valor total de \$31.515.603,00, los cuales fueron pagados al actor.

Planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, comprensión, cobro de lo no debido, buena fe no configuración de intereses moratorios y la innominada o genérica (00803082021contestacioncolpensiones). .

3.3. Providencia de primera instancia.

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

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión principal, como también respecto de la indemnización de intereses moratorios y respecto de la pretensión subsidiaria declara la excepción de pago.

TERCERO: Sin COSTAS.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor del DEMANDANTE.

Para llegar a esta conclusión, adujo que no fue motivo de discusión que el actor recibió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución SUB 216835 de 15 de agosto de 2018, y si bien se pagaron unos aportes en el año de 2019 por el periodo de enero a diciembre de 2014, al actor se los reconocieron en la reliquidación de la indemnización contenida en la Resolución SUB 65280 del 12 de marzo de 2021, por lo que existiría pago de la entidad y si se compara con la liquidación efectuada por el Juzgado resulta menor a la recibida por el actor, por lo que conmina al demandante para que reintegre las sumas pagadas en exceso; Finalmente, adujo que no procede el pago de los intereses moratorios porque legalmente no están creados para proteger las indemnizaciones sustitutivas, solo las pensiones.

Al término de la diligencia ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

3.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de octubre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora. Luego, mediante auto de 16 de noviembre de 2022 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados solo por la demandada para reafirmar su postura respecto de su recurso de apelación.

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

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta viable que se ordene a favor del demandante la reliquidación de la indemnización sustitutiva incluyendo las semanas aportadas por el periodo del 1° de enero al 31 de diciembre de 2014?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

4.1 De la indemnización sustitutiva.

La indemnización sustitutiva de la pensión por vejez, se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en beneficio de quienes no hubieren cotizado el número mínimo de semanas para acceder a la prestación pensional y es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas y el promedio ponderado de los porcentajes aplicados para la realización de los aportes.

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 establece la forma en la que se debe liquidar tal prestación, en la que se debe incluir la totalidad de las semanas cotizadas, aplicando la fórmula: **I = SBC x SC x PPC**. Donde: **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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2021-00099-01.
Demandante: NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ.
Demandado: COLPENSIONES.

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 y **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.

Así, al ser una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez, solo procedería su reconocimiento cuando la persona a pesar de tener la edad, no ha cumplido con el número mínimo de semanas y no tiene la posibilidad de seguir cotizando para el riesgo de vejez y, además, cuando el trabajador cumple con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, ya tiene un derecho adquirido (CSJ SL11042-2014).

4.2. Del caso concreto

En este caso, Colpensiones le reconoció al demandante el mencionado derecho, inicialmente a través de la Resolución SUB 216835 del 15 de agosto de 2018 (*imagen12expedienteunificado.pdf*), por valor de \$1.838.504 pesos, en la que se tuvo en cuenta las semanas cotizadas desde 1 de mayo de 2007 al 21 de enero de 2009 de forma interrumpida para un total de 601 días:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
SERVICIOS COMERCIALES20070501	20071231		TIEMPO SERVICIO	240
COOPERAT				
SERVICIOS COMERCIALES20080101	20080331		TIEMPO SERVICIO	90
COOPERAT				
SERVICIOS COMERCIALES20080401	20081130		TIEMPO SERVICIO	240
COOPERAT				
SERVICIOS COMERCIALES20081201	20081201		TIEMPO SERVICIO	1
COOPERAT				
NÉSTOR EMILIO GIRALDO20090101	20090131		TIEMPO SERVICIO	30
GOMEZ				

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 601 días laborados, correspondientes a 85 semanas.

Posteriormente, mediante acto administrativo SUB121038 de 4 de junio de 2020, reliquidó tal prestación por \$1.912.430 pesos, y en ella no solo tuvo en cuenta los tiempos referenciados anteriormente, sino los que hoy reclama a través de su demanda, esto es, del 1° de enero al 31 de diciembre de 2014:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2021-00099-01.

Demandante: NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES.

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DÍAS
SERVICIOS COMERCIALES COOPERAT	20070501	20071231	TIEMPO SERVICIO	240
SERVICIOS COMERCIALES COOPERAT	20080101	20080331	TIEMPO SERVICIO	90
SERVICIOS COMERCIALES COOPERAT	20080401	20081130	TIEMPO SERVICIO	240
SERVICIOS COMERCIALES COOPERAT	20081201	20081201	TIEMPO SERVICIO	1
NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ	20090101	20090131	TIEMPO SERVICIO	30
NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ	20090201	20090228	TIEMPO SERVICIO	30
NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ	20090301	20090331	TIEMPO SERVICIO	30
NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ	20090401	20091130	TIEMPO SERVICIO	240
NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ	20140101	20140131	TIEMPO SERVICIO	30
NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ	20140201	20141231	TIEMPO SERVICIO	330

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 1,261 días laborados, correspondientes a 180 semanas.

Sin embargo, y ante las peticiones hechas por el actor, la demandada volvió a reliquidar su derecho mediante Resolución SUB 65280 de 12 de marzo de 2021 (*imagen9expedienteunificado.pdf*), en la que arroja un valor total por este concepto de \$31´515.603 pesos, por lo que, al sumarlos con el valor recibido inicialmente por el actor, equivalente a la suma de \$1.838.504 más lo recibido en la segunda oportunidad por \$1.912.430, resulta un total de \$35´266.537 pesos, suma que es superior a los cálculos efectuados por esta Sala de, tal como se corrobora en el siguiente cuadro:

Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/05/07	31/05/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/06/07	30/06/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/07/07	31/07/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/08/07	31/08/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/09/07	30/09/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/10/07	31/10/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/11/07	30/11/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
01/12/07	31/12/07	30	434,000.00	14,466.67	434,000.00		
Total días		240			\$ 3,472,000.00	\$ 14,466.67	\$ 434,000.00
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	462,000.00	15,400.00	462,000.00		
01/02/08	29/02/08	30	462,000.00	15,400.00	462,000.00		
01/03/08	31/03/08	30	462,000.00	15,400.00	462,000.00		
01/04/08	30/04/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/05/08	31/05/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/06/08	30/06/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/07/08	31/07/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/08/08	31/08/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/09/08	30/09/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/10/08	31/10/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/11/08	30/11/08	30	461,500.00	15,383.33	461,500.00		
01/12/08	31/12/08	1	15,384.00	512.80	512.80		
Total días		331			\$ 5,078,512.80	\$ 15,342.94	\$ 460,288.17

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2021-00099-01.

Demandante: NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES.

Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	923,000.00	30,766.67	923,000.00		
01/02/09	28/02/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/03/09	31/03/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/04/09	30/04/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/05/09	31/05/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/06/09	30/06/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/07/09	31/07/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/08/09	31/08/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/09/09	30/09/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/10/09	31/10/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
01/11/09	30/11/09	30	994,000.00	33,133.33	994,000.00		
Total días		330			\$ 10,863,000.00	\$ 32,918.18	\$ 987,545.45
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	14,737,000.0	491,233.33	14,737,000.00		
Total días		30			\$ 14,737,000.0	\$ 491,233.33	\$ 14,737,000.00
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/15	28/02/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/03/15	31/03/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/04/15	30/04/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/05/15	31/05/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/06/15	30/06/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/07/15	31/07/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/08/15	31/08/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/09/15	30/09/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/10/15	31/10/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/11/15	30/11/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
01/12/15	31/12/15	30	15,400,000.0	513,333.33	15,400,000.00		
Total días		330			\$ 169,400,000.0	\$ 513,333.33	\$ 15,400,000.00
Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2007	240	61.330	96.920	1.580	\$ 434,000.00	\$ 685,852.0	\$ 5,486,816.00
2008	331	64.820	96.920	1.495	\$ 460,288.17	\$ 688,231.0	\$ 7,593,482.00
2009	330	69.800	96.920	1.389	\$ 987,545.45	\$ 1,371,245.0	\$ 15,083,695.00
2014	30	79.560	96.920	1.218	\$ 14,737,000.00	\$ 17,952,615.0	\$ 17,952,615.00
2015	330	82.470	96.920	1.175	\$ 15,400,000.00	\$ 18,098,315.0	\$ 199,081,465.00
Total días	1261	Total devengado actualizado a				2018	\$ 245,198,073.00
Semanas Cotizadas S.C.	180.14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 1,361,131.25
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					12.905%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2018	\$ 31,642,413.00

Por ello, se evidencia que efectivamente la obligación se encuentra satisfecha por parte de la demanda, como lo concluyó el *a quo*, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia no solo frente a este punto, sino también en referente al pago de intereses moratorios, como quiera que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es claro al indicar quienes son los beneficiarios del reconocimiento de intereses, y sobre las prestaciones pensionales sobre las que pueden ser reconocidos, esto es, para pensionados, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2021-00099-01.

Demandante: NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES.

por lo que esta Sala considera que no es dable aplicarlos respecto de las indemnizaciones sustitutivas de las pensiones de vejez, invalidez o muerte.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ adelanta contra COLPENSIONES.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2021-00099-01.
Demandante: NÉSTOR EMILIO GIRALDO GÓMEZ.
Demandado: COLPENSIONES.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **JORGE CANTILLO MARTÍNEZ** interpuso contra la sentencia que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 8 de septiembre de 2022, así como la **CONSULTA** a favor de **COLPENSIONES** en el proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra la segunda y el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA SA – BBVA**.

II. AUTO

La Sala reconoce personería para actuar a la abogada María Claudia Tobito Montero, identificada con LA C.C. No. 1.020.786.735 de Bogotá y T. P. No. 300.432 del C. S. de la J., como apoderada en sustitución de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *06alegatoscolpensiones*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones.

En lo que aquí concierne, el actor pretende del Banco BBVA, que se pague a su favor el cálculo actuarial por los periodos de 29 de septiembre a 15 de noviembre de 1982, del 2 de octubre de 1989 al 20 de noviembre de 1990, del 1° al 31 de enero de 1995, del 1° al 31 de agosto de 2000, y del 1° al 31 de mayo de 2001; en consecuencia, que Colpensiones reliquide su pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, se pague el retroactivo, intereses moratorios, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató unos hechos que al efecto se resumen así: nació el 23 de octubre de 1949, trabajó para el extinto Banco Ganadero, mediante Resolución 100305 del 15 de enero de 2010, el ISS le reconoció pensión de vejez desde 1° de enero de 2010 por valor de \$3.467.470,00, de pesos, con una tasa de reemplazo del 81% y más de 1.103 semanas de cotización con el consecuente pago de retroactivo; agregó que mediante Resolución GNR 162831 del 12 de mayo de 2014 la demandada le negó la reliquidación de la mesada pensional, pero el 3 de diciembre de 2014 se reliquidó la pensión mediante Resolución GNR 417372 en cuantía de \$3.697.342,00 desde el 24 de julio de 2014, la cual fue objeto de los recursos de reposición y apelación los cuales fueron aceptados parcialmente, en la medida en que se reliquidó con una tasa de reemplazo del 84% y no frente a solicitado, destacó que el 26 de octubre de 2018 radicó ante el BBVA reclamación por pago de cálculo actuarial, pero fue negado. (fl. 1 a 9 *archivo01POexpedientedigital*).

3.2. Contestación de la demandada

Colpensiones se opuso a las pretensiones, manifestó que el deber de realizar los cálculos actuariales corresponde a la empresa siempre que se encuentren probados los extremos del contrato de trabajo y que la pensión de vejez que actualmente recibe el actor se ajusta al número de semanas y los IBC reportados por la empresa. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, no configuración de intereses moratorios e indexación y la genérica (*Img. 208 a 221 001.POJorgecantilovscolpensiones*).

Por su parte, el Banco BBVA también se opuso a las pretensiones, adujo que el Banco expidió cálculo actuarial a favor del actor por los periodos de 20 de septiembre al 15 de noviembre de 1982 y desde el 2 de diciembre de 1989 al 20 de noviembre de 1990, por un valor de \$99.099.451, y en lo que refiere a los ciclos de enero de 1995, agosto de 2000 y agosto de 2001 fueron pagados a la AFP Horizonte. Formuló las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, prescripción, y la genérica (*Img. 229 a 244 001.POJorgecantillovscolpensiones*).

3.3. Actuación Procesal en Primera Instancia.

Surtido el trámite procesal respectivo, al *a quo* profirió sentencia en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR que al señor Jorge Cantillo Martínez le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones con fundamento en lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción formulada por el apoderado judicial de la demandada Administradora Colombiana e Pensiones – Colpensiones, respecto de las diferencias por concepto de mesada pensionales generadas con anterioridad al 22 de enero de 2016, y no probados los demás medios exceptivos formulados en el acto de contestación de demanda, conforme a lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de pago formulada por el apoderado judicial de la demandada Banco BBVA S.A. y se abstiene el Despacho del estudio de las demás conforme a lo expuesto.

CUARTO: DECLARAR que el valor de la mesada pensional en favor del accionante para el año 2009 debió ascender a la suma de \$4.007.032,38. y que dicho valor debe ser incrementado cada anualidad como lo establezca el Gobierno Nacional, de conformidad con lo expuesto.

QUINTO: DECLARAR que al señor Jorge Cantillo Martínez le asiste derecho al reconocimiento y pago del valor del retroactivo pensional por concepto de diferencias pensionales entre el valor reconocido en esta sentencia y el valor reconocido por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la suma de \$20.344.132,52 conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor del señor Jorge Cantillo Martínez el valor correspondiente al retroactivo pensional por concepto de diferencias pensionales entre el valor reconocido en esta sentencia y el valor reconocido por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la suma de \$20.344.132,52 conforme a lo expuesto. Suma que deberá ser debidamente indexada, de conformidad con las aclaraciones señaladas

en la parte motiva de esta providencia. Autorizando a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de Jorge Cantillo Martínez, conforme a lo considerado.

OCTAVO: ABSOLVER a la demandada Banco BBVA de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Jorge Cantillo Martínez, conforme a lo considerado.

NOVENO: En caso tal de que la presente decisión no sea apelada CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, de igual forma respecto de los puntos que no sean objeto de apelación.

DÉCIMO: CONDENAR en costas a Colpensiones, fíjense como agencias en derecho suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente en favor de la demandante para la fecha en que se adopta esta decisión. Lo aquí decidido queda notificado en estrados.

Para llegar a esta conclusión, indicó que quedó demostrado en el proceso que entre el actor y el BBVA existió contrato de trabajo desde el 17 de noviembre de 1977 al 30 de marzo de 2001; que el ISS, hoy Colpensiones, le reconoció pensión de vejez al actor inicialmente desde el 1° de enero de 2010 y luego, desde el 23 de octubre de 2009, con una mesada inicial de \$3.467.470, con 1.103 semanas de cotización, una tasa de reemplazo de 81% y un IBL de \$4.280.828; que mediante Resoluciones GNR16162831 de 2014 y SUB127874 de 2018 Colpensiones negó al actor la reliquidación de su mesada pensional, y que el 3 de mayo de 2018 el BBVA solicitó el cálculo actuarial por los periodos del 20 de septiembre al 15 de noviembre de 1982 y desde el 2 de diciembre de 1989 al 20 de noviembre de 1990, el cual fue pagado por un valor de \$99.099.451.

Agregó que los aportes dejados de pagar por el empleador pueden ser satisfechos por el cálculo actuarial, tal como lo hizo el Banco, de la misma manera frente a los periodos ciclos de enero de 1995 y de agosto de 2000 y agosto de 2001, fueron pagados a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, por lo que es dable contabilizarlos para reliquidar la pensión del actor; así al hacer los cálculos arrojan 1.244,86 semanas, un IBL de \$4.605.784, que al aplicarle la tasa de reemplazo de 87% se tiene que el valor de la primera

mesada es de \$4.007.032, desde el 23 de octubre de 2009 por 14 mesadas pensionales.

Frente al retroactivo afirmó que se encuentra prescrito desde el 22 de enero de 2016 hacía atrás, dado que, si bien el actor elevó varias reclamaciones entre el 2010 al 2018, lo cierto es que solo la primera interrumpe la prescripción, la cual se dio el 12 de enero de 2015 y de ahí en adelante, lo que debía hacer el actor era presentar la demanda, la cual se hizo el 22 de enero de 2019.

Por último, frente a los intereses moratorios señaló que no son procedentes porque la negativa de Colpensiones para negar la reliquidación se hizo las semanas efectivamente cotizadas las cuales solo cambiaron en el año de 2022 cuando vieron reflejadas en la historia laboral del actor las semanas pagadas por cálculo actuarial.

3.4. De los recursos de apelación.

Inconforme con la decisión, la parte actora arguyó en su recurso que debió reconocer el pago de los intereses moratorios, en la medida en que al no pagar el cálculo actuarial por el Banco a tiempo y la omisión de Colpensiones para obtener el recaudo de esas semanas, le generó un perjuicio que debe ser resarcido por tales intereses.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 17 de marzo de 2023 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por Colpensiones y el Banco BBVA para reafirmar su postura.

Ingresadas al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 68 del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio

exclusivo de las materias objeto del recurso de apelación y al estudio de la consulta a favor de Colpensiones de acuerdo con el artículo 69 *ejusdem*.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es viable conceder a favor del demandante los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, frente a la reliquidación de la mesada pensional cuando se ha hecho cálculo actuarial por omisión de aportes?

Tesis

Se confirmará la decisión de primera instancia.

4.1. De los intereses moratorios

Se debe empezar por señalar que los intereses moratorios se encuentran contemplados en el art 141 de la Ley 100 de 1993, cuya finalidad no es otra que castigar a aquellas entidades que incurran en mora en el pago en las mesadas pensionales los cuales se calculan sobre la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Inicialmente, tales intereses solo se reconocían para aquellas pensiones que se originaban directamente de la Ley 100 de 1993, sin embargo, con el paso del tiempo, la Corte Suprema de Justicia amplió este reconocimiento para aquellas pensiones que se estructuraron con anterioridad de dicha ley, es decir, aquellas que originaron bajo el régimen de transición, así lo indicó en sentencia CSJ SL1681-2021: *“El mandato constitucional de garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales», no distingue entre los diferentes tipos de pensiones legales. En consecuencia, tanto un pensionado con base en las*

previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como uno que lo fue en virtud del régimen de transición, tiene el poder jurídico de reclamar los intereses moratorios por el pago impuntual de su mesada pensional a la entidad que se atrase en su cancelación”.

De la misma manera, extendió el reconocimiento de los intereses, no solo por la tardanza en el reconocimiento y pago de las pensiones de sus afiliados, sino también la de pagarlas de manera íntegra, cabal y completa, de tal manera que ante un pago parcial o incompleto, los intereses se calcularían exclusivamente sobre el valor insoluto y no por el valor total de la prestación, así lo estableció en sentencia CSJ SL3130-2020: *“los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago”.*

Dejando claro que los intereses moratorios tienen el carácter meramente resarcitorio, más no sancionatorio, no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe (CSJ SL10728-2016); salvo se trate de algún cambio jurisprudencial en lo que las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y la obligación se produce o modifica por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas, caso en el cual se puede relevar la imposición de dichos intereses (CSJ SL4650-2017).

4.2. Caso concreto

Claro lo anterior, no fue motivo de discusión en esta instancia: i) que actor suscribió contrato de trabajo con el extinto Banco Ganadero, hoy BBVA, desde el 17 de noviembre de 1977 al 30 de marzo de 2001; ii) que el ISS, hoy Colpensiones reconoció pensión de vejez al actor inicialmente

desde el 1° de enero de 2010 y luego, desde el 23 de octubre de 2009, con una mesada inicial de \$3.467.470, con 1.103 semanas de cotización, una tasa de reemplazo de 81% y un IBL de \$4.280.828; iii) que mediante Resoluciones GNR16162831 de 2014 y SUB127874 de 2018 Colpensiones negó al actor la reliquidación de su mesada pensional, iv) que el 3 de mayo de 2018 el BBVA solicitó el cálculo actuarial por los periodos del 20 de septiembre al 15 de noviembre de 1982 y desde el 2 de diciembre de 1989 al 20 de noviembre de 1990, v) que el 11 de octubre de 2019 el BBVA pagó \$99.099.451, por dicho cálculo; y vi) que tales semanas fueron tenidas en cuenta en la historia laboral del actor a través de radicado interno de Colpensiones No. 2019_15783082.

De lo anterior, la Sala constata, en primera medida, que no existió mora en el reconocimiento inicial de la pensión del actor, pues entre la petición hecha por el actor el 3 de noviembre de 2009 y la fecha en la que el extinto ISS, hoy Colpensiones reconoció la pensión de vejez al actor a través de Resolución 100305 de 15 de enero de 2010 (*fl. 45 a 46 archivo01POexpedientedigital*), no transcurrió los cuatro meses con que contaba la entidad para resolver este tipo de peticiones, a la luz del art. 9 de la Ley 797 de 2003.

En segundo lugar, si bien, existió una diferencia en el monto inicial de la mesada pensional del actor, como se verá más adelante, lo cierto es que la misma se generó como consecuencia del pago del cálculo actuarial solicitado por el BBVA a Colpensiones por los periodos laborados por el actor en los ciclos del 20 de septiembre al 15 de noviembre de 1982 y desde el 2 de diciembre de 1989 al 20 de noviembre de 1990, y que solo fueron tenidos en cuenta en la historia laboral del actor con el radicado interno No. 2019_15783082 de Colpensiones, por lo que antes de ello, la demandada no estaba obligada a tener en cuenta semanas que no habían sido reportadas, por lo que no son de recibo los argumentos presentados por el actor en su recurso.

De otra parte, encuentra que en la historia laboral del actor aparecen periodos de cotización que antes del reconocimiento pensional no estaban registrados, los cuales inexorablemente alterarían el número de

semanas, el IBL, la tasa de reemplazo y el retroactivo, con sumas mayores a las reconocidas por el *a quo*, sin embargo, la Sala se abstendrá de realizar alguna modificación a la misma, pues hacerlo agravaría la situación del beneficiario del grado jurisdiccional del consulta, en este caso Colpensiones, pues así lo señala el art. 69 del CTPSS, siendo preciso rememorar lo dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2583-2020, reiterada en CSJ SL518-2022:

“El artículo 69 del CPTSS, con la modificación introducida por la Ley 1149 de 2007, estableció el grado jurisdiccional de consulta. En virtud de esta figura, las sentencias de primera instancia no apeladas deben ser revisadas por el superior, cuando sean totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario. Lo mismo ocurre con las que resultan desfavorables, total o parcialmente, a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante.

La consulta, si bien no es un recurso, resulta una expresión material de los artículos 29 y 31 de la CP, es decir, tiene raigambre constitucional en la medida que ampara y protege los derechos fundamentales y garantías del trabajador y, por otra parte, para las entidades de derecho público, se manifiesta como una protección del interés público económico y una vigilancia del patrimonio público.

Ahora, la procedencia de la causal segunda de casación laboral se encuentra circunscrita a la vulneración del principio constitucional que proscribe la reformatio in pejus -artículo 31 de la Constitución Política-, bajo el cual no es posible que el juez de segunda instancia agrave la situación definida en la decisión de primer grado, cuando se trata de un apelante único o sujeto procesal beneficiario del grado jurisdiccional de consulta”.

Por lo anterior, se confirmará en todas sus partes la sentencia atacada.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Se confirmarán las costas de primera instancia. En esta instancia no se impondrán costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 8 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta JORGE CANTILLO MARTÍNEZ contra COLPENSIONES y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA SA – BBVA, por la expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Esta providencia se notificará por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaría de esta Sala.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00066 -01
Demandante: JORGE CANTILLO MARTÍNEZ
Demandado: BANCO BBVA y OTROS

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **CRISTIAN ANDRÉS BOTERO GUTIÉRREZ** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** interpusieron contra la sentencia que el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de septiembre de 2022, en el proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra la segunda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

En lo que aquí concierne, el actor pretende de la demandada que se declare que la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo y que fue despedido sin justa causa. En consecuencia, solicita de forma principal el reintegro a su puesto de trabajo, el pago de salarios dejados de percibir, prestaciones legales y extralegales y las cotizaciones al sistema de seguridad social integral; de forma subsidiaria reclama la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, las diferencias entre lo pagado por prestaciones legales y extralegales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento relató unos hechos que al efecto se resumen así: se vinculó con la demandada desde el 1° de septiembre de 2008 al 28 de febrero de 2017, su último cargo fue el de operador y su salario de \$1.005.643, que el 30 de enero de 2017 fue sometido por la demanda al polígrafo por la falta relacionada con el reclamo “QRS-625 del cliente DEK”, que le generó la suspensión del contrato de trabajo por 15 días que se hacía efectiva desde el 11 de abril de 2017, sin embargo fue despedido sin justa causa el 28 de febrero de 2017.

Agregó que en entre la empresa y el sindicato Sintrafec se suscribieron varias convenciones colectivas de trabajo desde 1961 a 1986, que en el art. 31 de la convención de 1974 se consagró que el personal que se contrate con contrato de trabajo a término fijo, que cumpliera un año de servicios se deberá ser contratado a término indefinido, así mismo, la convención de 1982-1984 en el art. 3 estableció que los trabajadores con más de ocho años de servicio en la empresa que sean despedidos sin justa causa, tendrán derecho al reintegro, finalizó diciendo que las primas de salario hacer parte del salario que la empresa debe reconocer. (fl. 1 a 12 *01exp.digitalizadoPDF*).

2.2. Contestación de la demandada

La demandada aceptó que el actor fue vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de septiembre de 2008 al 28 de febrero de 2017 en el cargo de operador, con un último salario de \$1.005.643, que el 30 de enero de 2017 fue sometido a una prueba de polígrafo y se citó a descargos el 13 de febrero, y la diligencia se adelantó el día 20 de febrero de 2017. Manifestó que, durante la relación laboral con el actor, le pagó todas las prestaciones legales y convencionales a las que tenía derecho, agregó que no es procedente el reintegro, pues la causa de fenecimiento del contrato se dio por vencimiento de plazo fijo pactado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa y la genérica (*Img. 167 a 187 01expedientedigitalizado*).

2.3. Actuación Procesal en Primera Instancia.

Surtido el trámite procesal respectivo, al *a quo* profirió sentencia en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor CRISTIAN ANDRÉS BOTERO GUTIÉRREZ y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1° de septiembre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2017 que finalizó por vencimiento del plazo fijo pactado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar al demandante CRISTIAN ANDRÉS BOTERO GUTIÉRREZ la suma de \$1.111.647,00 por concepto de prima convencional de vacaciones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones de PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y NO PROBADAS las de BUENA FE, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA, PAGO, COMPENSACIÓN, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL DEMANDANTE Y COBRO DE LO NO DEBIDO, formuladas por la demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$200.000 como agencias en derecho.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Para llegar a esta conclusión, indicó que no fue motivo de discusión los extremos temporales del contrato de trabajo, la modalidad de contrato a término fijo y la calidad de beneficiario de la convención, por lo que, frente al primer punto, esto es, el relacionado con la mutación de contrato de trabajo a término indefinido, no era procedente, por cuanto la Convención Colectiva de trabajo de 1978 en los art. 3 y 30 no lo permitían, por lo que no posible acceder a la pretensión de reintegro, pues la misma está condicionada a los contratos de trabajo a término indefinido por despido sin justa causa y el del actor finalizó por plazo fijo pactado.

Agregó que la demandada no le canceló al actor ningún derecho de carácter convencional, por lo que a pesar de que no individualizó ninguno de los presuntos adeudados, se concederán aquellos no afectados por la prescripción, es decir, las generadas entre el 24 de enero de 2017 al 28 de febrero de 2017, teniendo en cuenta la fecha de culminación del contrato. Así, analizó los conceptos extralegales de incremento salarial, prima semestral, subsidio de transporte y prima de vacaciones, pues respecto de las demás se requiere el cumplimiento de una serie de presupuestos que la

parte actora no invocó ni aportó prueba que lo sustente. En ese sentido, solo accedió a la prima de vacaciones de forma proporcional, la cual no era factor salarial por expresa disposición del contrato de trabajo.

Por último, frente a la indemnización moratoria señaló que no obró mala fe de la demandada, pues siempre tuvo la creencia que al actor no le era aplicables las normas convencionales.

2.4. De los recursos de apelación.

Inconforme con la decisión, la parte actora arguyó en su recurso que debió declararse el contrato de trabajo a término indefinido, pues la cláusula octava de la convención colectiva de 1976, que no fue alterada por la convención de 1978, asimismo, el impago de prestaciones sociales convencionales debe generar la indemnización moratoria.

A su turno, la demandada argumentó que el actor no era destinatario de ningún derecho convencional, pues no era beneficiario de la convención colectiva, tampoco estaba afiliado al sindicato, no aportaba cuota sindical, más cuando era un sindicato minoritario desde 1988 y las partes decidieron eliminar la cláusula sobre el ámbito de aplicación. Aunado a que el actor no debía recibir la prima de vacaciones por cuanto el actor no era destinatario de esta y está ligada a su disfrute, por lo que no se podía compensar en dinero.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 17 de marzo de 2023 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales solo fueron presentados por la demandada para reafirmar su postura.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo

previsto en el artículo 68 del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso de apelación.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es viable declarar que el contrato de trabajo del actor haya mutado a contrato a término indefinido por efecto de la convención colectiva de trabajo?, en segundo lugar, ¿Es beneficiario el actor de los derechos convencionales?

Tesis

Se revocará parcialmente la decisión de primera instancia.

3.1. De la mutación del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar que fue no motivo de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante fue vinculado con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de septiembre de 2008, ii) que el contrato se terminó por cumplimiento del plazo fijo pactado el 28 de febrero de 2017, iii) que su último cargo fue el de operador, iv) con un último salario básico de \$1.005.643.

Es así como la parte actora indica en su recurso que la cláusula octava de la convención colectiva de 1976, que no fue alterada por la convención de 1978 y bajo esa línea, es dable argüir que el precepto no fue modificado, y que su procurado debe ser beneficiario de esta.

Al respecto, debe señalar esta Sala que la Corte Suprema en sentencia CSJ SL6231-2016, en un caso de similares contornos al que hoy nos ocupa y con la misma demandada, concluyó que el artículo 8 de la convención de 1976 (*02convencion.zip*), no operaba a partir de la convención de 1978 (*02convencion.zip*), en la medida en que eliminó la posibilidad de que los

contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido, tal como se corroboró, especialmente con las convenciones de 1982 y 1984(02convencion.zip), en algunos de los pasajes pertinentes del fallo aludido, se indicó:

«La cláusula octava de Convención colectiva de 1976, dispone: ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO: *En caso de terminación unilateral de contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)*

PARAGRAFO.: *Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo (sic) será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido»* (fl.242)

Por su parte los artículos 3º y 30 de la Convención Colectiva de 1978, prevén en su orden: «Artículo 3º.- ESTABILIDAD LABORAL. *En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo se servicio (...)*» (fl. 200).

«Artículo 30.- CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS. *Los derechos, las prestaciones legales y extralegales del trabajador y de Sintrafec, que las Empresas están reconociendo y pagando, respectivamente, en los momentos de firmarse la presente convención, continuarán en vigencia siempre y cuando no sean modificados por esta Convención (...)*» (fl. 218).

Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, **modificó** la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido. (Subraya la Sala)

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios. (Subraya la Sala)

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo (sic) conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido. (Subraya la Sala)

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4º de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. *En los términos del Artículo 3º de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa*», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el párrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el párrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por párrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla modificó tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, dicho párrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad. (Subraya la Sala)

En el anterior contexto, las partes suscribientes de la convención colectiva de trabajo de 1978, en virtud de los principios de unidad de materia y el de las cosas se deshacen como se hacen, acordaron excluir lo concerniente a que *«todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido»*.

Pero hay más. Aquí bien puede traerse a colación lo estatuido en el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, en cuanto a estimar *«insubsistente una disposición legal por (...) existir una ley nueva que regula íntegramente la materia»*, y ese fue el mensaje de las partes al acordar el punto de estabilidad en la convención colectiva suscrita en 1978, en lo atinente, itérese, a excluir el párrafo pactado otrora en el acuerdo de 1976.

Así, para esta Sala no cabe duda de que el artículo 8 de la convención de 1976, fue modificado con la convención de 1978, y bajo esa línea, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo de los trabajadores de la Federación pudiesen mutar a indefinido, por tal razón el argumento de la parte actora no sale avente.

3.2. De los beneficios convencionales.

Al respecto, se debe recordar que el *a quo* consideró que el actor era beneficiario de los derechos convencionales y así lo declaró en la sentencia, ordenando el pago de aquellos que no estuvieran afectados por la prescripción y comprobados que pasaron al patrimonio del trabajador.

Por su parte, la demandada señaló que, el actor no era beneficiario de la convención colectiva, no estaba afiliado al sindicato, no aportaba cuota sindical, se trataba sindicato minoritario desde 1988 que impedía extender los beneficios convencionales a los demás y que las partes decidieron eliminar la cláusula sobre el ámbito de aplicación.

Sobre este punto en particular, la Sala se remite al contenido de la art. 24 de la Convención colectiva vigente para los años 1982 a 1984 en la que se previó (*02convencion.zip*): “*Los trabajadores no sindicalizados que así (sic) mismo se benefician de la presente Convención Colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos, respectivos, (sic) pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado por el trabajador, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva (...)*”.

Como se aprecia, las partes acordaron que los trabajadores no sindicalizados que se beneficiaran del instrumento colectivo pagarían «*una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado*». No obstante, a renglón seguido condicionan la renuncia a las prerrogativas convencionales a que se manifieste de forma expresa. De conformidad con la disposición extralegal analizada, se estatuyó el pago de una cuota por beneficio sindical, sin embargo, dicha exigencia no se consagró como requisito *sine qua non* para tener acceso a las disposiciones del instrumento colectivo, ya que simplemente se dispuso que cobijaría a quienes no renunciaran expresamente.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de la mencionada norma, siendo la misma demandada, en sentencia CSJ SL 25 sep. 2012, rad. 38463, reiterada en sentencia CSJ SL1690-2021, se indicó:

Bajo ese marco general, estima la Sala que ciertamente la lectura de la cláusula convencional, sobre todo del segundo inciso, realizada por el Tribunal distorsiona de manera palmaria el texto que recoge la voluntad de las partes, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales; por el contrario, la primera parte de la disposición extiende de manera clara la convención a “*todos los trabajadores*”, mientras que la segunda estipula que por esos beneficios, a los trabajadores no sindicalizados se “*les harán, con destino al Sindicato, las retenciones que autoriza la Ley*”, de manera que en realidad esta última estipulación antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores y su inobservancia por parte de la empresa en modo alguno incide en la determinación del alcance de la disposición contractual, como tampoco se ve este afectado por el hecho de que en vigencia del contrato de trabajo no se hubiera reconocido al actor ningún derecho de carácter convencional.

Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprenderse razonablemente ese alcance; pero

lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado.

Incluso, considera la Sala importante destacar que la intención de los contratantes de extender la convención a todos los trabajadores, sin que el pago de la cuota al sindicato fuera condición para ello, se reafirma con unas estipulaciones incluidas en algunas convenciones, por ejemplo la de los años 1982 a 1984 en cuyo artículo 24 se consignó: “Los trabajadores no sindicalizados que así (sic) mismo se beneficien de la presente Convención Colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos, respectivos, (sic) pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado por el trabajador, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva...”, de donde es fácil inferir que solamente en el caso de renuncia expresa del trabajador a los beneficios convencionales no se le aplicarían los mismos, situación que aquí en todo caso no ha sido alegada, pues la empresa ha sustentado la inaplicación al actor de las prerrogativas de la convención por el carácter minoritario del sindicato y por el no pago de las cuotas, siendo que estas situaciones no excusan de la extensión de dichos derechos.

Por lo expuesto, es dable concluir que para obtener los beneficios convencionales no se debía demostrar el pago de las cuotas sindicales, como lo afirma la empresa recurrente. Tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por la Federación, concernientes a que tenía la convicción de que las prerrogativas extralegales no le eran aplicables al actor, por cuanto nunca estuvo afiliado a la organización sindical, además de que el sindicato al momento de la firma de la convención vigente para 1988-1990, pasó a ser minoritario, no son razones atendibles, pues como se dijo el tal instrumento extralegal consagró expresamente que le era aplicable a todos los trabajadores de la empresa independiente de si tenía no afiliación o de si era o no un sindicato minoritario, tal como lo ratificó dicha Corporación en la citada sentencia.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del *a quo* respecto del derecho a la prima de vacaciones concedido, sin entrar a examinar los demás, por cuanto no fueron materia de recurso. Así mismo, y contrario a lo afirmado por la demandada, la prima de vacaciones puede ser compensada en dinero, ya que así lo permite el literal b) del art. 30 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1965, razón más para confirmar este punto.

3.3. De la indemnización moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de la prima extralegal de vacaciones debida al trabajador, para el momento de la terminación del contrato, estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que, en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, o el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, que el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y CSJ SL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, la Sala debe señalar que la prima de vacaciones del mencionado art. 30 es una prestación social, al tratarse de un dinero adicional que recibe al trabajador al salir de vacaciones, es procedente la sanción. Respecto de la buena fe que halló probada el *a quo*, considera esta instancia que no es de recibo, pues como se dijo en líneas anteriores, los argumentos concernientes a que tenía la convicción de que las prerrogativas extralegales no le eran aplicables al actor por cuanto nunca estuvo afiliado a la organización sindical, que el sindicato al momento de la firma de la convención vigente para 1988-1990 y que pasó a ser minoritario, no son razones suficientes, pues como se dijo el tal instrumento extralegal

consagró expresamente que le era aplicable a todos los trabajadores de la empresa.

En tales condiciones se revocará la sentencia y se impondrá condena por indemnización moratoria, la que consistirá en un salario diario -\$33.521 -por cada día de retardo desde el 28 de febrero de 2017 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, sobre el valor insoluto.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Se confirmarán las costas de primera instancia. En esta instancia se impone costas por valor de \$1.000.000 de pesos a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia que el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de septiembre de 2022, para en su lugar condenar a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar a favor de CRISTIAN ANDRÉS BOTERO GUTIÉRREZ la suma de \$33.521 diarios por cada día de retardo desde el 28 de febrero de 2017 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, sobre el valor insoluto por de indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia atacada.

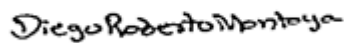
TERCERO. – costas en esta instancia a cargo de la demandada, señálese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la parte actora.

Esta providencia se notificará por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaría de esta Sala.

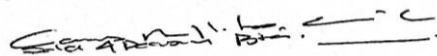
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00350-01.

Demandante: MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA.

Demandado: ADRES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a su favor, contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta **MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA** contra la recurrente.

II. AUTO

La Sala reconoce personería para actuar a la abogada Leidy Viviana Cubillos Alarcón, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.439.912 de Bogotá y T.P. No. 288.199 del C.S de la J, como apoderada en sustitución de la ADRES, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *05alegatosadres*.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó de la ADRES que se declare que tiene derecho al pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios por el fallecimiento de Luis Edilson Sánchez García, como consecuencia de un accidente de tránsito, así como al pago de los intereses de mora, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, que el causante Luis Edilson Sánchez García falleció el 1 de septiembre de 2019 en el Municipio de Saravena – Arauca, como consecuencia de un accidente de tránsito que lo generó un vehículo sin identificar mientras caminaba por la acera; la actora es su madre beneficiaria de la indemnización por muerte de acuerdo con lo previsto en el Decreto 780 de 2016, quien presentó reclamación administrativa el 31 de enero de 2020, siendo negada el 8 de mayo de 2020 bajo el argumento que el occiso no se encontraba inscrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil y posteriormente, bajo el argumento que el reclamante no aportó la subsanación de la glosa en tiempo (01demanda2021350).

3.2. Respuesta a la Demanda.

La ADRES contestó a la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que no fue reconocida la indemnización solicitada, pues la actora no allegó los documentos para comprobar el derecho, así como la ausencia de los documentos que debía aportar dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la glosa, tal como lo establece la Resolución 1645 de 2016. Propuso las excepciones de falta jurisdicción y competencia, ineptitud de la demanda por falta de reclamación administrativa, prescripción, inexistencia de la obligación e improcedencia de intereses moratorios (05contestademandadAdres).

3.3. Providencia de primera instancia.

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

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del pago de intereses moratorios y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES a pagar a la demandante MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA la indemnización por muerte de qué trata el artículo 2.6.1.4.2.13 del Decreto 780 de 2016 en cuantía de \$20.702.900.00. Dicha indemnización deberá pagarse de manera indexada desde la fecha de reclamación del 31 de enero de 2020 hasta el momento de su pago definitivo.

TERCERO.- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO.- CONDENAR en costas a la demandada y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv.

QUINTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada ADRES remítase al superior en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Para llegar a esta conclusión, adujo como no fue motivo de discusión el deceso de Luis Sánchez García, acaecido el 1º de septiembre de 2019, como consecuencia del accidente de tránsito con vehículo automotor sin identificar o vehículo fantasma, el grado de parentesco del causante con la demandante en calidad de progenitora de este, la inexistencia de otra persona con mejor derecho para reclamar, así como la reclamación administrativa presentada por la actora el 31 de enero de 2020, de acuerdo con la confesión hecha por la pasiva a los hechos 6 y 7 de la demanda.

Agregó que el Decreto 780 de 2016 establece que las glosas se deben subsanar en el término de 2 meses, y si bien la actora no lo hizo en ese tiempo, en el caso particular la glosa impuesta no era factible, pues con la petición la actora allegó los documentos que acreditan la muerte de su hijo, el parentesco y la inexistencia de otra persona con mejor derecho, por lo que se concede el derecho a su favor. Indicó que no son procedentes los intereses moratorios porque hubo glosa que no fue subsanada, sin embargo, procede la indexación de la condena: Frente a la prescripción señaló que, entre la muerte del causante, la reclamación administrativa y la presentación de la demanda no operó la prescripción.

3.4. Recurso de apelación.

La ADRES, inconforme con la decisión, interpuso el recurso de apelación, el cual argumentó señalando que la solicitud presentada por la

actora tenía varias glosas, las cuales fueron subsanadas extemporáneamente, y bajo ese contexto, no se podía subsanar ese error a través del procedimiento ordinario laboral.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada. Luego, mediante auto de 20 de abril de 2023 se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados solo por la demandada para reafirmar su postura respecto de su recurso de apelación.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio de las inconformidades presentadas por la recurrente y la consulta a su favor de acuerdo con el artículo 69 *ejusdem*.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta viable que se reconozca a favor de la demandante la indemnización por muerte en accidente de tránsito de su hijo Luis Sánchez García, a pesar de que en el trámite administrativo se hicieron glosas que no fueron subsanadas en tiempo?

Tesis

Conformar la decisión de primer grado.

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

4.1 De la indemnización por muerte en accidente de tránsito.

El artículo 152 de la Ley 100 de 1993 establece como objetivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud: *“regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”*, los artículos 162 y subsiguientes establecen los planes de beneficios que integran el SGSSS, y específicamente el artículo 167 dispone la cobertura de: i) servicios médico-quirúrgicos; ii) indemnizaciones por incapacidad permanente y por muerte; iii) gastos funerarios; y, iv) gastos de transporte al centro asistencial de los afiliados en eventos de: (a) urgencias generadas en accidentes de tránsito, (b) acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, y, (c) catástrofes naturales, entre otros. Dicha norma, establece que la cobertura de los riesgos, así como el cobro y el pago de los servicios, serán atendidos con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA.

En ese sentido, la Ley 100 de 1993 creó el FOSYGA como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, sin personería jurídica cuyo objeto era la administración de los recursos que financiaban el SGSSS. El artículo 219 de la citada ley y el artículo 2.6.1.2 del Decreto 780 de 2016, estructuraron al FOSYGA con las siguientes subcuentas: i) compensación interna del régimen contributivo; ii) solidaridad del régimen de subsidios en salud; iii) promoción de la salud; iv) seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT); y v) garantías para la salud.

En relación con la Subcuenta de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), el artículo 2.6.1.4.1 del decreto único señala que su objeto es el de *“establecer las condiciones de cobertura, ejecución de recursos, funcionamiento y aspectos complementarios para el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga en que deben operar tanto la Subcuenta ECAT del Fosyga, como las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT y demás entidades referidas en el ámbito de aplicación de este acto administrativo”*.

Bajo ese entendido, la indemnización por muerte y gastos funerarios reconoce una suma a favor de los beneficiarios de la víctima que falleció como consecuencia de un accidente de tránsito. Esta prestación económica deberá ser reconocida y pagada por: i) la compañía de seguros, cuando el vehículo involucrado esté amparado por una póliza SOAT, o, ii) la Subcuenta ECAT del FOSYGA en el caso de siniestros en los cuales el vehículo involucrado no se encuentre identificado o no esté asegurado con dicha póliza.

Ahora, con la expedición de la Ley 1753 de 2015, en su art. 66 creó una entidad de naturaleza especial, del nivel descentralizado del orden nacional, “*asimilada*” a una empresa industrial y comercial del Estado, “*que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”; con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Según la mencionada norma, esa entidad hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Además, estableció que, una vez esta administradora entrara en operación, se suprimiría el FOSYGA.

Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 1429 del 2016, modificado por el Decreto 546 de 2017. Así, por ejemplo, se determinó que: (i) el nombre de la nueva entidad sería el de “*Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES*”, (ii) aquella asumió toda actividad y obligación a cargo del Fondo de Seguridad y Garantía, (iii) dentro de su organización interna se estableció que la “*Dirección de Otras Prestaciones*” se encarga de “*planear, hacer seguimiento, controlar y verificar el proceso de liquidación y reconocimiento y pago de otras prestaciones por concepto de los servicios de salud*”, que estaban a cargo de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, en particular las originadas en accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos no identificados o carentes de SOAT.

De conformidad con lo expuesto, se logra deducir que: i) la indemnización por muerte y gastos funerarios derivados de accidentes de tránsito hace parte del plan de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos del artículo 167 de la Ley 100 de 1993; ii) el reconocimiento y pago de dicha prestación está a cargo de la Subcuenta de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT). En concreto, en los casos de siniestros ocasionados por vehículos que no están asegurados con la póliza SOAT o no estén identificados; y, iii) a partir de la entrada en operación de la ADRES la Subcuenta ECAT es administrada por esa entidad a través de la Dirección de Otras Prestaciones.

4.2. Del caso concreto

No fue motivo de discusión en esta instancia i) la muerte de Luis Sánchez García, acaecida el 1° de septiembre de 2019, como consecuencia del accidente de tránsito con vehículo automotor sin identificar o vehículo fantasma (Img. 29 01demanda2021350), ii) el grado de consanguinidad de la actora con el causante, madre e hijo (Img. 30 01demanda2021350), iii) La reclamación hecha por la actora del 31 de enero de 2020 con radicado No. 51018797 (confiesa hecho 6 y 7), iv) la negativa a su derecho de acuerdo con el oficio con radicado No 000004384400 del 8 de mayo de 2020, en el que se impuso varias glosas y, v) que tales glosas fueron contestadas el 28 de agosto de 2020 mediante oficio No ASG2020-AUD-74897.

Dispone el art. 2.6.1.4.3.12 del Decreto 780 de 2016 que las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga a que refiere el presente Capítulo, se auditarán integralmente dentro de los dos meses siguientes al cierre de cada periodo de radicación, así mismo que si hay lugar a la imposición de glosas como consecuencia de la auditoría integral a la reclamación, el Ministerio de Salud y Protección Social comunicará la totalidad de ellas al reclamante, quien deberá subsanarlas u objetarlas, dentro de los dos meses siguientes a la comunicación de su imposición. Si transcurrido dicho término no se recibe información por parte del reclamante, se entenderá que aceptó la glosa impuesta.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00350-01.
Demandante: MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA.
Demandado: ADRES.

Verifica esta Sala que, en efecto, el 8 de mayo de 2020 la demandada mediante oficio con radicado No 000004384400, objetó la petición de la actora con las siguientes glosas:

Numero Radicación	Descripción EVENTO	Reclamación ID	Descripción Causal	Grupo Glosa
51018797	Accidente de tránsito	15844822	Existe ausencia total o parcial, inconsistencia, enmendaduras o ilegibilidad de los documentos previstos en la ley, para comprobar los derechos a la indemnización	Soportes
51018797	Accidente de tránsito	16020309	De conformidad con lo establecido en el Artículo 24 de la Resolución 1645 de 2016, la reclamante presenta la respuesta al resultado de auditoría después de los 2 meses siguientes al recibo de la comunicación, la cual fue recibida el 22/05/2020 y la reclamación fue radicada el 31/08/2020, es decir, fuera del término legal. En consecuencia, se da por aceptada la glosa impuesta y la misma adquiere el estado de auditoría definitivo de "no aprobada".	Facturación
51018797	Accidente de tránsito	16020309	Pese a aportar certificado de la Registraduría Nacional, el reclamante no respondió oportunamente a la glosa impuesta en la reclamación radicada el día 31-01-2020, la cual se incluyó en el paquete 25008. En consecuencia, se da por aceptada la glosa impuesta y la misma adquiere el estado de auditoría definitivo de "no aprobada".	Soportes

Como se dijo en líneas anteriores, dichas glosas fueron contestadas por la interesada el 28 de agosto de 2020 mediante oficio No ASG2020-AUD-74897, con lo cual se entendería, en principio, que aceptó las glosas impuestas, no obstante, considera la Sala que la demandada no podría haberse sustraído de su obligación, pues en primera medida porque las glosas deben ser claras y específicas frente a la no conformidad que afecta en forma parcial o total el reconocimiento y pago de una reclamación, tal como lo establece el art. 3 de la Resolución 1645 de 2016 expedida por el Ministerio de Salud, precisamente para que petitionario la pueda subsanar.

Asimismo, y a pesar de que la glosa fue atendida por la actora después de los dos meses, lo cierto es de las normas traídas a colación del Decreto 780, no imponen como castigo la pérdida del derecho por subsanarse por fuera del término, y es natural que así sea, pues de una u otra manera, la glosa tiene como finalidad la aclaración o complementación de la información aportada por el solicitante para el reconocimiento del derecho.

Bajo esa línea, y teniendo en cuenta que no se configura la extinción del derecho, esta Sala considera que los requisitos del art. 2.6.1.4.2.11. del Decreto 780 de 2016, esto es, que la víctima que haya fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito, y que la muerte debió haber ocurrido dentro del año siguiente a la fecha de la ocurrencia del accidente en comento, se encuentran acreditados en el plenario, pues i) la muerte de

Luis Sánchez García ocurrió el 1° de septiembre de 2019, como consecuencia del accidente de tránsito con vehículo automotor sin identificar o vehículo fantasma, ii) se produjo en el mismo instante como da cuenta la constancia emitida por la Fiscalía de Savena (Img. 30), iii) se acreditó el parentesco de la accionante con el occiso en calidad de madre e hijo y, iv) no se presentó otra persona con mejor derecho a reclamar, por lo tanto, se confirmará la decisión de primera instancia frente a este punto.

Lo mismo frente a la condena por indexación en la medida que se trata de una condena que va dirigida a proteger el poder adquisitivo de la moneda frente a la devaluación, lo que impide al tiempo que esta Sala se adentre a realizar un examen frente a los intereses moratorios, pues no fue objeto del recurso y de hacerlo, implicaría hacer más gravosa de la entidad demandada en consulta (CSJ SL518-2022).

Por último, frente a la prescripción, considera la Sala que no se configuró, pues entre la fecha que ocurrió el accidente (1 de septiembre de 2019), la fecha de la reclamación (31 de enero de 2020) y la presentación de la demanda (17 de junio de 2021) no transcurrió el término de los tres años a que hace alusión el art. 151 del CPTSS.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00350-01.

Demandante: MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA.

Demandado: ADRES.

de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

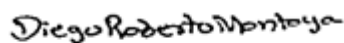
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

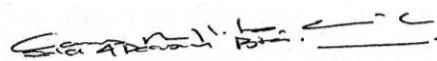
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00228-01.

Demandante: YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA.

Demandado: BRINKS DE COLOMBIA SA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA**, contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **BRINKS DE COLOMBIA SA**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó de la demandada que se declare que fue despedido sin justa causa, sin agotar el procedimiento reglamentario y en presencia de un conflicto colectivo, por lo que solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, perjuicios morales y aportes al sistema de seguridad social integra; en subsidio, la indemnización moratoria, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, argumentó que, el 28 de mayo de 2018 se vinculó a trabajar con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de escolta y con un salario básico de \$1.334.310 pesos, que el contrató finalizó el 7 de diciembre de 2020, en

lo que consideró un despido injustificado, como sanción a una falta disciplinaria, cuyo procedimiento la demandada pretermitió, a pesar de estar consagrado en el Reglamento Interno de Trabajo; agregó que se afilió a Sintrabrinks con quien la empresa tiene suscrita convención colectiva de trabajo desde el 25 de octubre de 2016, por lo que el 13 de julio de 2018 el sindicato presentó pliego de peticiones a la empresa y que al momento del despido no se había solucionado el conflicto (01demandaordinaria).

2.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los extremos de la relación laboral, el cargo y el salario, frente al despido indicó que no se impuso como sanción disciplinaria, sino por el incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales y legales al poner en riesgo a varios ocupantes y el transporte de valores que llevaba la aeronave; y que si bien pueden existir conflictos con el colectivo con la organización sindical, en nada afecta que se haga un despido con justa causa. Propuso las excepciones de incumplimiento de las obligaciones, debido proceso, terminación con justa causa en conflicto colectivo, inexistencia de persecución sindical, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, temeridad y genérica (06contestademandas).

2.3. Providencia de primera instancia.

El A Quo dictó sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones formuladas por **YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA**. Lo anterior, específicamente por lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de la demandada.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSULTESE con el SUPERIOR

Para llegar a esta conclusión, adujo que no fue motivo de discusión el contrato de trabajo, el cargo desempeñado, el último salario, los extremos temporales, la afiliación al sindicato y el conflicto colectivo entre el sindicato y la empresa. Para resolver las peticiones, se remitió al art. 58 y 62 del CST, y al contrato de trabajo, así como las pruebas documentales, el interrogatorio de parte del actor y los testigos, para concluir que se acreditó la justa causa para dar por terminado el contrato trabajo, bajo esa línea, consideró que no puede operar el reintegro por fuero circunstancial que protege solo a aquellos trabajadores que se despiden sin justa, ni el pago de perjuicios morales, ni la condena por indemnización moratoria.

2.4. De los recursos de apelación.

Inconforme con la decisión, la parte actora arguyó en su recurso que el marco probatorio del proceso debió estar circunscrito a la carta del despido, por lo que el juez no podía tergiversar su contenido, bajo los postulados del art. 66 del CPTSS. Agregó que el video aportado por la demandada no puede ser tenido en cuenta como prueba, ya que no fue controvertido por la parte actora antes del despido y fue editado, más cuando no se generó perjuicio alguno a la empresa con la conducta del trabajador por hacer un video con sus compañeros o tomarse una foto en su sitio de trabajo, por último, indicó que si bien es cierto el despido no es una sanción disciplinaria, para el caso particular del actor sí lo es, pues así lo consagró el reglamento interno de la empresa.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 6 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 20 de abril de 2023, se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados solo por la demandada para reafirmar su postura respecto de sus excepciones.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la

S.S, la competencia del Tribunal se limita únicamente al estudio de las inconformidades expuestas por el actor en su recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se estableció por la empresa que el despido con justa causa fuera una sanción disciplinaria?, en caso afirmativo, se verificará si el demandante gozaba de fuero circunstancial al momento de ser finiquitado su vínculo contractual, y si es procedente el reintegro al cargo que venían desempeñando o a uno de superior categoría

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. Del Despido como sanción disciplinaria.

De vieja data y de forma pacífica la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema ha señalado reiterativamente en fallos, que en principio la finalización del contrato por justa causa no es una sanción disciplinaria, ya que se trata de una ruptura contractual, sin que esté sujeto a un trámite previo, salvo que así se hubiera convenido en otro instrumento. a menos que extra legalmente así se haya pactado (CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148 y CSJ SL13691-2016, entre otras).

Lo anterior, en la medida en que el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él; en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto. Por lo

tanto, El despido con justa causa al no ser una sanción disciplinaria, no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en el contrato de trabajo, reglamento interno, pacto o convención colectiva o laudo arbitral.

3.2. Del Fuero circunstancial.

De otra parte, conviene precisar que el fuero circunstancial es un mecanismo de protección del que gozan los trabajadores que presentan un pliego de petición a su empleador que impide que este los despidan sin justa causa. Este beneficio está contenido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, así: *“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”*

En relación con el conflicto colectivo de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4323-2021, estableció que este *“nace a la vida jurídica con la presentación del pliego de peticiones, ya sea por la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, así como que el mismo genera consecuencias inmediatas tales como el inicio de la etapa de arreglo directo y el nacimiento de figuras que propenden por la protección del derecho de asociación sindical y la estabilidad en el empleo, verbigracia, el fuero circunstancial”* (ver también CSJ SL3429-2020, CSJ SL, 23 nov. 2010, rad. 33677 y CSJ SL229-2019, CSJ SL1974-2018, CSJ SL16788-2017, SL14066-2016 y SL6732-2015).

En cuanto a la duración del mismo, en sentencia CSJ SL4072-2021 explicó, que si bien en principio el fuero circunstancial opera durante la negociación colectiva y que se mantiene hasta que se termina el conflicto, debe existir un interés de las partes en finiquitarlo, de manera que, si el empleador no inicia las correspondientes negociaciones, deberá la organización sindical promover las acciones correspondientes para promover el inicio de las conversaciones e impulsar el proceso de la negociación, pues de lo contrario se entiende que declinó de sus pedimentos.

Al respecto, dijo expresamente: *“Ahora, tal como lo ha enseñado la Corte, aun cuando el fuero circunstancial opera durante la negociación colectiva, este no se previó como un amparo indefinido, por cuanto se mantiene únicamente hasta que termine el conflicto, siempre que se observen los términos legales de las etapas establecidas para su arreglo; situación de la que se deriva que dicha protección puede culminar en los eventos en los que no sea posible ponerle fin de forma normal, al no advertirse, por parte de quienes lo promueven, el interés necesario para finiquitarlo”.*

3.3. Caso concreto

Puestas, así las cosas, procede la Sala a responder el problema jurídico planteado, previamente dejando claro que no fue materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) el 28 de mayo de 2018 el actor se vinculó a trabajar con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido ii) en el cargo de escolta, iii) con un salario básico de \$1.334.310 pesos, iv) el cual finalizó el 7 de diciembre de 2020 y v) que el 13 de julio de 2018 el sindicato presentó pliego de peticiones a la empresa el cual al momento del despido no se había solucionado.

Así, al revisar el Reglamento Interno De Trabajo (*img. 76 a 132 archivo 01demandaordinaria*) encuentra la Sala que la empresa decidió no consagrar el despido como sanción disciplinaria, así se puede extraer del art. 71: *“La terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la Empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como medio jurídico para extinguir aquél”.*

No obstante, y a pesar de que el art. 66 del mencionado Reglamento al regular la escala de faltas y sanciones establece frente al impacto y la gravedad de la falta como gravísima hace referencia a la terminación con justa causa: *“Más de 10 millones de pesos M/CTE y tienen consecuencias mayores en la operación, seguridad o relación con los clientes y conllevan a la suspensión disciplinaria del contrato de trabajo o a la terminación con justa causa del contrato de trabajo”.*

Lo cierto es que el art. 69 del mencionado reglamento no contempla o califica el despido como una sanción; y si bien los arts. 70, 72 y 73

establecen las faltas leves, graves y gravísimas, que contrario a lo afirmado por el recurrente en su recurso, lo que hace es diferenciar claramente el tipo faltas que pueden dar lugar a la terminación del contrato, amonestación, multa o suspensión del contrato de trabajo.

La misma apreciación se evidencia del contrato de trabajo, en cuya cláusula novena se incluyó las justas causas de terminación del contrato de trabajo, pero en ninguna de ellas se estipuló el despido como causal disciplinaria (*img. 24 a 27 archivo 01demandaordinaria*).

Por lo anterior, considera la Sala que la empresa no estaba obligada a seguir un procedimiento especial para cristalizar el despido, tal como al efecto lo señaló la CSJ sentencia SL1293-2023: *“La Corte ha precisado con insistencia que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en reglamento interno de trabajo, contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo”*.

Bajo tales derroteros, se procede a verificar si en efecto, la justa causa enunciada por la empresa se configura en el caso particular, esto es, si incurrió en alguna justa causa determinada como tal para despedir al trabajador. Al respecto, la carta de terminación del contrato de trabajo enuncia 24 causas de terminación, tal como se evidencia (*archivo12carta determinacióndecontrato*):

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00228-01.

Demandante: YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA.

Demandado: BRINKS DE COLOMBIA SA.



Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00228-01.

Demandante: YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA.

Demandado: BRINKS DE COLOMBIA SA.

- 10 No ceñirse estrictamente a los manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicaciones, de vigilancia, de salud ocupacional y de Trabajo establecidos por la empresa.
- 11 No sujetarse estrechamente a las órdenes, pautas, políticas, procedimientos, etc., fijados por la Empresa.
- 12 No cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparta el EMPLEADOR o sus representantes.
- 13 No efectuar las labores encomendadas bajo los parámetros de calidad establecidos por el EMPLEADOR, tanto en sus manuales de procedimiento, políticas como en el sistema de calidad establecido por el EMPLEADOR.
- 14 No cumplir con la máxima lealtad, honestidad y puntualidad las labores asignadas.
- 15 Cualquier violación de los reglamentos citados en el numeral cinco (5) de la cláusula tercera de su contrato de trabajo.
- 16 Participar en cualquier tipo de actividad que en afecte el desarrollo normal de sus labores o las de los demás empleados.
- 17 Apartarse de las órdenes e instrucciones o reglamentos establecidos por el EMPLEADOR en relación con la forma, términos y circunstancias en que debe el trabajador cumplir sus funciones.
- 18 Incurrir en la prohibición de violar cualquier paso de las rutinas operativas, o procesos de seguridad previstos por el EMPLEADOR para el desempeño de sus funciones.
- 19 Incumplimiento de toda otra obligación que se desprenda de las labores principales, anexas, conexas y complementarias que según todo lo anterior y según su cargo le incumben al trabajador.
- 20. Ejecutar defectuosamente el trabajo.
- 21 Utilizar con fines diferentes o de manera indebida los uniformes, dotaciones, elementos de protección personal, lockers, armas, muebles, inmuebles, implementos, útiles, herramientas, instrumentos, o sitios de trabajo, para los cuales fueron suministrados o asignados.
- 22. Violar cualquier paso de las rutinas operativas, o procesos de seguridad previstos por el EMPLEADOR para el desempeño de sus funciones.
- 23. Realización de un/Cualquier acto de negligencia, descuido u omisión en que incurra el trabajador en ejercicio de sus funciones.
- 24. Conocer y mantenerse actualizado respecto de los manuales de procedimiento y operaciones, así como en las políticas establecidos por la empresa.

De las que se concluye:

Así las cosas, es claro que se presentó de su parte una gravísima falta al haber incumplido con sus obligaciones contractuales y reglamentarias desplegadas y acaecidas con su actuar injustificado del día sábado 07 de noviembre de 2020, por cuanto viola las disposiciones y protocolos internos de seguridad al realizar actividades diferentes a las contratadas dentro de jornada laboral (realizar video musical) en horario laboral, ejerciendo como tripulante en ruta aérea, misma que se considera de alto riesgo e impacto, por tanto el personal asignado a tan ardua laborar deberá acatar todas las disposición tendientes a salvaguardar su integridad física, así como proteger las remesas bajo su custodia, mismas que puso en riesgo al preferir realizar un video musical con su compañero. Por lo anterior dichas acciones y/o funciones requieren de un alto grado de disciplina y compromiso, máxime cuando la empresa deposita para la realización de esta operación herramientas y elementos de alto valor. (Helicóptero, armas de fuego, chaleco antibala y valores).

Cabe aclarar, que esta situación se hubiese podido prevenir si usted como trabajador entrenado para su cargo de Escolta, certificado internamente como coordinador aéreo hubiese realizando y acotado todos los protocolos y procedimientos de seguridad al pretender realizar ruta aérea y una vez le fueron confiados los valores para realizar aprovisionamiento a clientes de la compañía, quienes requerían de nuestro servicio en municipios del Tolima. La conducta esperada por la empresa de parte suya, fue que hubiese realizado y ejercido todas aquellas acciones de seguridad que satisfagan las necesidades operativas y aseguran el cabal cumplimiento de nuestras operaciones, minimización del riesgo, de la integridad suya, la de sus compañero y la de los valores de los clientes que fueron puestos bajos nuestro cuidado y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00228-01.

Demandante: YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA.

Demandado: BRINKS DE COLOMBIA SA.

custodia. Es decir usted el día 07 de noviembre de 2020, hubiera tomado posición de seguridad y protección durante todo el tiempo que permanecieron en las instalaciones del aeropuerto Benito Salas de la ciudad de Neiva, con los valores que estaban almacenados y/o guardados al interior de la aeronave tipo helicóptero de matrícula HK4511.

Obra también diligencia de descargos, que ha pesar de no haberla firmado, aceptó que el 7 de noviembre de 2020 se encontraba activamente laborando como coordinador aéreo certificado en el aeropuerto Benito Salas de Neiva, pero que ese día no pudo dejar provisiones por mal tiempo, que estaba en compañía de su compañero Harold Díaz, que la empresa le proporcionó su dotación de arma de fuego, chaleco antibalas y el Helicóptero de matrícula HK45511 del cual manifestó no acordarse de la placa, ni tampoco de los valores que debía transportar, y que desconoce el video musical realizado en esa fecha donde aparece con el mencionado helicóptero y con la dotación entregada por la empresa (*img. 24 a 27 archivo 01demandaordinaria*).

Durante esa diligencia, el actor constantemente se remite al documento entregado por él a la empresa el 30 de noviembre de 2020, el cual fue aportado como prueba y que acepta que los cargos formulados hacen referencia a una presunta falta cometida el 7 de noviembre de 2020 en el aeropuerto Benito Salas de Neiva, cuando estando en horario de trabajo, decidió hacer un video musical aprovechando la dotación y el helicóptero suministrado por la empresa; señala se le ha irrespetado el derecho de defensa al omitir por parte de la empresa las normas violentadas con su actuar, pues los cargos en su parecer son *vagos y ambiguos*, que la empresa no le suministró el video musical, prueba con la que se le despidió y que si bien pudo existir una falta, la misma no puede ser objeto de sanción porque no hubo pérdida de valores, ni elementos de protección, tampoco hubo lesiones, ni se puso en riesgo la vida de las demás, y no hubo perjuicio económico a la empresa, ni afectó su buen nombre (*img. 46 a 55 archivo 01demandaordinaria*).

En diligencia de interrogatorio de parte, el actor señaló que el video musical del 7 de noviembre de 2020 se hizo en las instalaciones del puesto de trabajo mientras esperaba la salida del vuelo con la orden dado que no había buen tiempo, mientras tanto aprovechó para hacer el video musical

como parte de la pausa activa, indicó que en diligencia de descargos le mostraron el video, que ese día 7 de noviembre del 2020 debía prestar custodia a los valores con su compañero, que en el helicóptero no había valores, solo ropa y las remisiones de los bancos y que helicóptero cuando despegó en el video se lleva del helipuerto a la pista y agregó que el video de se hizo entre las 7:20 am a 7:40 am.

Por su parte, en interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada aceptó que, para el 7 de diciembre del 2020, cuando fue despedido el demandante se encontraba afiliado a la organización sindical Sintrabrinks y que en esa misma fecha se estaba desarrollando conflicto colectivo con la mencionada organización sindical.

En la declaración, José Luis Pérez Calderón afirmó que es conductor activo de Brinks S.A., conoce al demandante desde el 2018 por ser compañeros de trabajo, trabajaron juntos hasta 2020 o 2021, que conoció que al actor lo despidieron por un video musical, que le iniciaron un proceso disciplinario, y que el 7 de noviembre de 2020 no participó en una carga de valores con destino al aeropuerto de Neiva.

Camilo Torres Cifuentes, señaló que es piloto de helicópteros, trabajaba para Delta helicópteros quienes tenían contrato de transportar los valores de Brinks para el Banco Agrario, que conoció al demandante en Neiva, y que el día 7 de noviembre le llegó programación el día anterior, sacó el helicóptero para llevar a la plataforma, y que varios escoltas llegaron al helipuerto a esperar que llegara el carro de valores y mientras llegaba, estuvieron cantando frente al helicóptero; agregó que el helicóptero tenía equipaje de los escoltas y los chalecos anti balas e inician a cantar y a grabar haciendo mímica con unas canciones, luego despegó en el helicóptero 2 veces, y que finalmente fue cargado con valores a las 10:30 A.M.

Entre tanto, Juan Pablo Quiroga, manifestó que fue compañero de trabajo del actor, que el vehículo estaba cargado, pero que por cuestiones clima no tienen autorización para despegar, que la entrega del dinero se hizo a las 8 A. y la filmación del video sea hace entre 9 y 10 de la mañana cuando la aeronave tenía los valores adentro, que el día de los hechos estaba en

Bogotá, que no participó en el proceso disciplinario y que los escoltas deben estar en una posición de alerta así no hayan llegado.

Por último, Pedro Acevedo Bernal aseguró que es jefe de mejora continua con Brink, no conoce al demandante, pero indicó que el actor es desvinculado cuando informan que durante el ejercicio de su labor se hace la grabación de un video musical, que el video el demandante tiene su arma para la grabación de un video, en el cual no está prestando su seguridad, ya que no se puede bajar la guardia cuando estamos en operación aérea, y el arma debe ser para la labor exacta de la empresa, y si los valores no han llegado al vehículo, los escoltas deben estar en vigilancia permanente, más en una operación de área abierta, agregó que los tripulantes no tienen permitido utilizar sus armas para otra labor que no sea para la contratada, y que con grabación del video, el actor no podría estar alerta, pues baja la guardia y genera oportunidad ante cualquier amenaza.

Con lo anterior, en especial con la confesión hecha por el actor, es suficiente para indicar que el 7 de noviembre de 2020 participó como protagonista en un video musical mientras desarrollaba su labor como escolta en el aeropuerto Benito Salas de Neiva, estando al servicio de la empresa y con la dotación e implementos suministrados por esta, con lo cual: i) el empleador identificó al menos 4 conductas que son consideradas como faltas graves y gravísimas en los arts. 72 y 73 del reglamento interno de trabajo generadas con ocasión del video musical grabado por el actor, tales como los numerales 5, 10 y 15 del art. 72 y 5 y 15 del art. 73, ii) que el actor las conoció y ii) que ejerció el derecho de defensa al presentar sus propios descargos como participar activamente en la diligencia de descargos; y si bien se negó a firmar la diligencia, tal situación no afectó su derecho de defensa, pues como se verificó en líneas anteriores ejerció activamente sus derechos, por lo se debe concluir que la terminación unilateral del contrato se fundó en la justa causa prevista en el numeral 6 del CST y alegada por la empresa en la carta de terminación de contrato de trabajo.

Ahora, alega el demandante que su conducta no puede ser objeto de sanción porque no hubo pérdida de valores, ni elementos de protección, tampoco hubo lesiones, ni se puso en riesgo la vida de las demás, y no hubo

perjuicio económico a la empresa, ni afectó su buen nombre, las cuales fueron reiteradas en su recurso. En este punto, debe señalar esta Sala que de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, ante el incumplimiento de las obligaciones del trabajador, no se necesario que la conducta desplegada por el trabajador conlleve un perjuicio grave para la empresa, así lo indicó en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, reiterada en CSJ SL5474-2019:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. P or ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal” (Subrayado fuera del original).

Así, al estar probada la conducta, la cual fue puesta en conocimiento del actor y este ejerció su derecho de defensa, es dable concluir que se configuró la justa causa de terminación del contrato de trabajo, prevista en al numeral 6 del art. 62 del CST e invocada por la pasiva en su carta de terminación de contrato se configuran.

Por lo anterior, y dado que el despido devino en justo, no es dable acceder a la protección del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, denominado fuero circunstancial, pues de acuerdo con la mencionada norma, solo estarían cubiertos con dicha garantía aquellos trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

Bajo esa línea, el fuero circunstancial al garantizar la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario de este observe buena conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un buen trabajador, es dable señalar que, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones (CSJ SL1377-2019).

Por lo anterior, se confirmará en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA adelante contra la BRINKS DE COLOMBIA SA.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

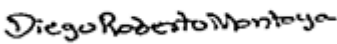
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

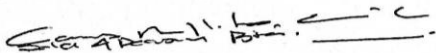
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00228-01.
Demandante: YOE GLAUBER ARANDA MOSQUERA.
Demandado: BRINKS DE COLOMBIA SA.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **JANE FRASER ABISAMBRA** adelanta contra la recurrente, **PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A Y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCION S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A traslade los saldos o aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; reembolse los cobros y gastos de administración descontados; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyada de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y SKANDIA S.A** (fls. 35 a 43 del archivo 12, 27 a 29 del archivo 18, 17 a 25 archivo 08 y 14 a 22 archivo 07) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora **JANE FRASER ABISAMBRA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. y con efectividad a partir del 01 de junio de 1995 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media, lo que también se entiende frente a todas las afiliaciones que se hayan hecho al interior del régimen de ahorro individual, esto es, de COLMENA a ING hoy en día PROTECCIÓN S.A., de ING a SKANDIA S.A. y de SKANDIA S.A. a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera todos los gastos de administración que recibió durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante tanto a COLMENA como a ING desde el 01 de junio de 1995 hasta el 31 de agosto de 1999, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión; los conceptos deberán aparecer discriminados con sus valores, el detalle pormenorizado de los hitos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA S.A. para que remita a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima desde el 01 de septiembre de 1999 hasta el 31 de marzo de 2016, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión; los conceptos deberán aparecer discriminados con sus valores, el detalle pormenorizado de los hitos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que tratan los numerales dos, tres y cuatro, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

SÉPTIMO: NFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar el recibir a la demandante y por causa de la ineficacia en contra de PROTECCIÓN y SKANDIA.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), y absolver a **PORVENIR S.A.** y a **COLPENSIONES** de dicho emolumento.

NOVENO: CONCÉDASE el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA por resultar algunas órdenes en contra de COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que la actora no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales.

Por su lado, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**, dijo frente a la condena de devolver los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje de aporte a la pensión de garantía mínima que se encuentra imposibilitada para hacer tal acción, puesto que los dineros de seguros previsionales fueron enviados directamente a una aseguradora quien a su vez se encargaba de cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivientes de la demandante, los dineros de gastos de administración y comisiones fueron utilizados para hacer una buena administración de la cuenta, generándose mayores rendimientos; y que frente a los dineros de fondo garantía de pensión mínima estos ya fueron devueltos el 11 de mayo de 2016 a PORVENIR S.A por un monto de \$27,252,508.00 por ende estos dineros están en arcas de este fondo.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCION S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 24 de octubre de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en los folios 67 al 69 del archivo 12; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A. el 07 de mayo de 1995 (fls 46 del archivo 08).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

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

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

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

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse como una señal nítida del deseo de la persona de realizar una afiliación o de desafiliarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de ineficacia; que esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría; y que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos, si el afiliado no pudo acceder a su derecho básico de obtener una información suficiente la consecuencia, es la ineficacia del traslado.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 46 del archivo 08 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 07 de mayo de 1995 con Fondo de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Fraser Abisambra se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (07 mayo de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de Colmena Fondo de Cesantías y Pensiones hoy PROTECCION S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías en el fondo privado, tales como pensionarse con una mesada pensional superior; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA S.A. en julio de 1999 (fl.60 del archivo 07), en febrero 2016 a PORVENIR S.A (fl.97 archivo 18) es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía PROTECCION S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aclarándose que cada uno de ellos se trata de rubros disímiles, así como tienen un fin distinto dentro del R.A.I.S. por lo que, no es dable predicar su compensación. Así, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022), **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ACLARAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

encuentran **aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.**

Por las mismas razones, se considera acertada la condena a cargo de PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A de devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, y los valores pagados por concepto de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados; asimismo, resulta igualmente acertado que la *A Quo* hubiera dispuesto que al momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen; por lo que, en tal sentido la sentencia se confirmará.

En este punto se aclara que la solicitud de SKANDIA S.A sobre la incapacidad de trasladar a COLPENSIONES los dineros del fondo de garantía de pensión mínima pues ya acreditó un pago, debe advertirse que si bien de la documental visible a folio 25 del archivo 07 se avizora que se trasladó un monto por tal concepto a PORVENIR S.A., esta prueba es insuficiente para establecer que los valores que se pagaron por dicho concepto fueron devueltos en su totalidad, en esa medida es acertada la condena impuesta por la juez de primera instancia, y en tal sentido es dable confirmar su condena; ello sin perjuicio que dicho reconocimiento sirva para acreditar a futuro un pago total o parcial de tal aspecto.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ACLARAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, se encuentran los **aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, y valores pagados por gastos de administración, fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00081 -01.

Demandante: JANE FRASER ABISAMBRA.

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. Y
PORVENIR S.A.

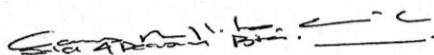
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00315-01.

Demandante: **JORGE LUIS PISCIOTTI VAN STRAHLEN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **JORGE LUIS PISCIOTTI VAN STRAHLEN** contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos (fls. 10 a 11 del archivo demanda y anexos).

Demandante: **JORGE LUIS PISCIOTTI VAN STRAHLEN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación (fls. 1 a 30 del archivo 17, y 1 a 28 del archivo 14).

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual del señor JORGE LUIS PISCIOTTI VANSTRAHLEN surtido el día 26 de octubre del año 1998 por falta del deber de información y por cumplimiento a lo dispuesto en el comité de multiafiliación celebrado entre las entidades aquí vinculadas y como consecuencia de lo anterior, entonces ordenar al fondo PORVENIR que proceda si aún existe en la cuenta de ahorro individual del señor demandante algún recurso a trasladar los mismos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a esta a que proceda a acreditar en la historia laboral del señor demandante los recursos que ya se encuentran trasladados a Colpensiones y los que si hay lugar a ello proceda a trasladar fruto de esta decisión, acreditándolos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media y teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual como consecuencia natural de esta ineficacia y la decisión de anulación dispuesto por el comité de multiafiliación conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor demandante a la pensión de vejez a que tiene derecho conforme los términos del artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, la cual se hará exigible y se liquidará por parte de COLPENSIONES a partir del momento en que se acredite el retiro efectivo del sistema pensional por parte del señor demandante que se liquidará bajo las perceptivas del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO. CONDENAR en **COSTAS** a PORVENIR a favor de COLFONDOS para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a dos (02) SMLMV para el año 2022, **CONDENAR** en **COSTAS** a COLPENSIONES a favor del señor demandante, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a dos (02) SMLMV, lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas en la presente acción, igualmente a COLFONDOS y de las demás pretensiones declárese probada la

Demandante: **JORGE LUIS PISCIOTTI VAN STRAHLEN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

excepción de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, conforme se expuso en la parte motiva

QUINTO. Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de **consulta**.

2.4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES manifestó con respecto al no traslado de la totalidad de los valores derivados de la cotización que según criterio de la Corte Suprema de Justicia, la sanción impuesta por la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto, por lo cual los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado junto con sus rendimientos, lo que obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, dado a que estos recursos desde un inicio debieron ingresar a Colpensiones; que la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de esta, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico, el restablecimiento debe ser pleno y completo, debiéndose reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, los recursos de la cuenta de ahorro individual, valores abonados al fondo de garantía pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; que siempre ha actuado de buena fe y bajo los parámetros legales para no aceptar el traslado del demandante, por lo que no se deben imponer costas, por demás que se puso de presente al actor que debía interponer la respectiva denuncia ante la Fiscalía por falsedad en documento, dado a que no era competente para determinar tal falsedad.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A. en virtud de la falta de cumplimiento del deber de información y por la decisión tomada por el Comité de Multiafiliación? y, en caso afirmativo, ¿es dable reconocer la pensión de vejez al demandante?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la Multiafiliación.

El artículo 16 de la Ley 100 de 1993 establece que un afiliado no puede realizar cotizaciones simultáneas a los dos regímenes pensionales o distribuirlas entre las mismas; prohibición que también se encuentra consignada en el Decreto 3995 de 2008.

Por su parte, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 prevé que está prohibida la múltiple vinculación, señalando que el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de señalados por la legislación para trasladarse, de manera que cuando cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, sólo será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; así, las demás vinculaciones no serán válidas. En tal sentido, CSJ Rad. 42500 del 08 de octubre de 2014 ha dicho que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional es la validez de la última

afiliación efectuada en los términos legales, aspecto que también puede avizorarse en CSJ SL2259-2022 y CSJ 4332-2022.

3.2. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los

afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de marzo de 1989 presentó aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 18; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. el 26 de octubre de 1998 (fl.24 del archivo 01).

Asimismo, a folio 44 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 26 de octubre de 1998 con el Fondo de Cesantías y Pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. También se logra evidenciar que el Comité de Multiafiliación del 05 de septiembre de 2007, definió que la última vinculación válida del accionante era la de Horizonte hoy PORVENIR S.A., (fls.69 a 78 del archivo 15), por lo que en

virtud de tal disposición cualquier otra afiliación resultaría inválida, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994; decisión que la Sala considera ajustada a derecho, puesto que en ella se da cuenta que se afilió nuevamente al I.S.S. el 12 de junio de 2000, esto es, antes del término de tres años que contemplaba la norma para entender afiliado el traslado del actor como válido al régimen de prima media.

En tales condiciones, se entiende que el último traslado válido fue el realizado a Horizonte hoy PORVENIR S.A. quien suscribió el formulario de afiliación el 26 de octubre de 1998, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Piscioti Van Strahlen se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de octubre de 1998) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con la declaración de confeso de los hechos susceptibles de confesión al actor, por la no comparecencia al interrogatorio de parte, dado a que el A Quo no precisó cuáles eran los hechos que podían ser susceptibles de confesión.

Al respecto, se rememora que en CSJ SL660-2019, entre otras, se ha establecido que *“(...) en tanto para, que eventualmente, poder inferir una confesión ficta frente a la forma como la parte actora narró dichos hechos, indiscutiblemente debía singularizarse o especificarse que aspecto eran*

materia de confesión ficta, pero como no lo hizo el ad quo, es claro entonces que no se equivocó el Tribunal al concluir que la misma no tenía validez alguna, en tanto se había hecho de «forma genérica»(..).»

Por lo anterior la Sala no deriva consecuencias adversas para el demandante, ni mucho menos confesión alguna, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJ SL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de PORVENIR S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En

consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales y rendimientos también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

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

Lo dicho cobra más fuerza si se tiene en cuenta que en el expediente se encuentra que el 23 de julio de 2020 se hizo un análisis grafológico en el que se pudo determinar que *“mediante cotejo de las firmas se pudo observar discrepancias en los movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento, y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la firma que se suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa de la titular. FIRMA NO CORRESPONDE”* (fl. 93 del archivo 15).

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

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

3.3 De la pensión de vejez.

Para determinar la fecha de reconocimiento del pago de una pensión de vejez, se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Por lo anterior, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de junio de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es de mayo del mismo año (expediente administrativo obrante en la carpeta 018), ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional, tal y como lo dispuso el *A Quo*, por lo que su decisión se confirmará; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **JORGE LUIS PISCIOTTI VAN STRAHLEN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto **de gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

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

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

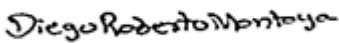


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

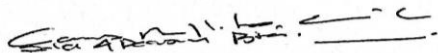
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00315-01.

Demandante: **JORGE LUIS PISCIOTTI VAN STRAHLEN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2019 00735 01.

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO** adelanta contra PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad de la afiliación y traslado por él efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Colfondos S.A., así como la efectuada posteriormente a Protección S.A. y como consecuencia de ello se ordene a esta última AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor, así como bonos pensionales, rendimientos, sin descuento alguno por concepto de cuota de administración; así mismo, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2019 00735 01.

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ordene a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad y a corregir e incluir los tiempos cotizados en su historia laboral.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (fls. 144 a 171 archivo 01 y archivo 02), presentó oposición a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Fls. 172 a 202 archivo 01 y carpeta 14), se opuso a las pretensiones de la acción, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** (fls. 211 a 251 archivo 01) se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso, entre otras, como excepción de mérito la que denominó prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Posteriormente, mediante auto del 13 de julio del 2021 (fls. 256 a 258 archivo 01), atendiendo la excepción previa de falta de integración de litis consorte necesario propuesta por Protección S.A., se dispuso la vinculación de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, AFP que se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito la de prescripción. (fls. 302 a 332 archivo 01)

2.1. Llamamiento en garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2019 00735 01.

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUROS S.A. (fls. 333 a 354 archivo 01), quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía y, entre las excepciones propuestas, interpuso las de prescripción de la acción de nulidad y prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (archivo 09).

3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO:	DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO, identificado con la C.C. N.º 19.478.695, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS; PROTECCION S.A PENSIONES Y CESANTIAS Y SKANDIA S.A PENSIONES Y CESANTIAS., conforme lo expuesto en precedencia.
SEGUNDO:	ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO, identificado con la C.C. N.º 19.478.695 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.
TERCERO:	ORDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS; PROTECCION S.A PENSIONES Y CESANTIAS Y SKANDIA S.A PENSIONES Y CESANTIAS trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO, identificado con la C.C. N.º 19.478.695 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.
CUARTO:	DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.
QUINTO:	ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra
SEXTO:	DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEPTIMO:	DECLARAR probadas las excepciones formuladas por la demandada MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A, se declaran probadas las de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A FRENTE A LA ACCIÓN MATERIAL EJERCIDA POR LA PARTE DEMANDANTE, 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 LA PRIMA NI DE NINGÚN OTRO VALOR QUE CORRESPONDA A CONTRAPRESTACIÓN DEL SEGURO, PORQUE ELLA FUE LEGALMENTE DEVENGADA Y LOS RIESGOS ESTUVIERON EFECTIVAMENTE AMPARADOS e INEXISTENCIA DE DERECHO CONTRACTUAL POR PARTE DE SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A
OCTAVO:	Sin costas para las partes en la presente instancia.

4. Argumentos de las recurrentes.

SKANDIA S.A. indicó que, el artículo 7 del Decreto 3925 del año 2008 señala de manera taxativa cuáles son aquellos emolumentos que deben trasladarse cuando opera el traslado de recursos entre regímenes pensionales, y en el caso del traslado del RAIS al RPM se debe transferir lo correspondiente al saldo de la cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía de pensión mínima, sin que en dicha norma se estipule que deban devolverse los gastos de administración.

Señaló que esa AFP cumplió a cabalidad con las disposiciones de orden legal en materia de traslado de recursos, pues desde el 8 de noviembre de 2017 trasladó los recursos que tenía a su disposición, dentro de los que se encontraban los conceptos señalados en la norma antes citada.

Manifestó que los gastos de administración son rubros que, por disposición de la Ley 100 de 1993, tienen una destinación específica y fueron utilizados para la correcta administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que son dineros que ya no se encuentran en poder de esa AFP por lo que, para cumplir la sentencia tendría que ser con su propio patrimonio, lo que generaría un perjuicio económico, fiscal y financiero tanto al fondo como al RAIS.

Finalmente, en caso de confirmarse la sentencia solicita se analice la figura de la prescripción de dichos gastos de administración, teniendo en cuenta que estos son emolumentos de carácter económico y periódicos, que no están destinados para cubrir la pensión de vejez del demandante, por ende, constituyen derechos crediticios y por ello cabe la figura de la prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que la afiliación del actor al RAIS se realizó con su plena voluntad, pues suscribió los formularios de afiliación y esta se ratificó al permanecer más de 26 años afiliado y cotizando a dicho régimen, así como con los traslados horizontales que realiza.

Indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que no se puede requerir el cumplimiento de una norma inexistente al momento del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, pues, si bien el deber de información existe desde la Ley 100 de 1993, este se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 convirtiéndose en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente del momento en que se efectuó el traslado, pues tal exigencia vulnera el principio de confianza legítima, así como el debido proceso de Colpensiones, entidad que no participó en el trámite del traslado, pero que sí debe afrontar la carga de la prestación.

Finalmente, precisó que, en caso de que no se acojan sus argumentos, solicita se garantice a esa entidad toda devolución por concepto de dineros aportados por el actor al fondo privado y se le faculte a que pueda obtener por las vías judiciales, los valores no previstos en caso de realizarse un reconocimiento de la prestación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2019 00735 01.

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A. y los posteriores realizados a las AFP del RAIS?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 10 de diciembre de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 125 y 195 archivo 01 y archivo 17); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 15 de octubre de 1997 (fl. 119 archivo 01) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: 1) a Protección S.A. el 28 de febrero del 2007 (fl. 36 archivo 02), 2) a Skandia S.A. el 16 de septiembre de 2014 (fl. 324 y 337 archivo 01) y finalmente 3) regresó a Protección S.A. el 14 de agosto del 2017 (fl. 68 archivo 02).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 119 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 15 de octubre de 1997 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Nieto Ferrucho se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de octubre de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue

acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2019 00735 01.

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

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

Por las mismas razones, se **ADICIONA dicho numeral** para disponer que **COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.,** deberán devolver las sumas

descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021), por lo que no resultan de recibo los argumentos presentados por Skandia S.A.

Finalmente, no hay lugar para efectuar pronunciamiento adicional respecto de la solicitud elevada por Colpensiones, como quieras que el numeral cuarto de la sentencia apelada, resolvió sobre dicho pedimento.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – 1.1. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

1.2. ADICIONAR dicho numeral para disponer que **COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.,** deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

SEGUNDO. –. CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2019 00735 01.
Demandante: **LUIS FELIPE NIETO FERRUCHO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

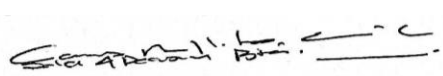
Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00098 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

Se acepta la renuncia al poder allegada por el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán, como apoderado de Colpensiones.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra las personas jurídicas enunciadas.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se declare que siempre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00098 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

ha permanecido en el RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, solicita se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales y rendimientos generados y se le condene a dicha AFP al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados; y a Colpensiones, a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral.

De manera subsidiaria depreca se declare inexistente el acto de traslado de régimen.

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

2. Respuesta a la Demanda.

PORVENIR S.A. (archivo 009), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 011), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda declarando, de oficio, probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, respecto de la pretensión de perjuicios morales.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** indicó que Colpensiones se opuso de forma activa a la demanda y fue una de las vencidas en juicio, por lo que las costas deben serle impuestas, conforme lo señalado en el artículo 365 del CGP.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la demandante de manera libre y voluntaria se afilió al RAIS, sin que mediara en ello algún tipo de presión; que pretende regresar al RPM luego de 20 años, sin tener en cuenta que, conforme la legislación actual debía realizar ese traslado hacia los 47 años, es decir en el año 2009 y que para la fecha en que elevó la solicitud de traslado al RPM ya contaba con 57 años, es decir que ya cumplía con la edad que requiere la actual legislación para adquirir la pensión por vejez, con lo que no tuvo en cuenta la prohibición legal de traslado por edad.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** dijo que el numeral 4 del artículo 366 del CGP señala que para la fijación de las agencias en derecho beberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, así como tenerse en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada y que en el Acuerdo PSAA16-10554 se establecieron las tarifas de las agencias en derecho.

Indicó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta la naturaleza y calidad del proceso y tampoco la gestión de la apoderada de la parte demandante, ya que acoge la interpretación hecha por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la validez del acto jurídico de traslado, con fundamento en lo cual, la parte actora “se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00098 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

limitó” a argumentar en la demanda que no se le brindó la información suficiente, sin requerir esfuerzo probatorio para acreditar tal hecho, como quiera que la jurisprudencia ha expuesto que la carga de la prueba recae en los fondos privados, por ello, este caso no ofrece “ninguna complejidad” para la parte demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el mes de enero de 1996 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en la carpeta “expediente administrativo” del expediente digital¹, aclarando que, si bien fue allegada Certificación Electrónica de Tiempos Laborados expedida el 1° de marzo del 2019 (fls. 34 a 43 archivo 001), no es posible determinar la fecha exacta desde la cual se inició a efectuar aportes a la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C. al no encontrarse completo dicho documento; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 22 de marzo de 2002 (fl. 18 del archivo 001 y fl. 91 archivo 009).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_2075-20210908094509.PDF

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00098 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 18 del archivo 001 y 91 del archivo 009 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 22 de marzo de 2002 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que “(...) *la simple firma del*

formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)””.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Pacheco Arias se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (22 de marzo de 2002) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que, conforme el artículo 61 del CPTSS, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP encartada se encontraba en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el pluricitado deber de información.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00098 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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

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

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

Por lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00098 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

Frente al valor de las agencias en derecho, que aduce Porvenir S.A. en su recurso, ha de señalarse que esta no es oportunidad procesal pertinente para controvertir las mismas, en los términos del numeral 5 del artículo 366 del C.G.P.

Finalmente, atendiendo los argumentos presentados por la parte actora, frente a las costas de las que se absolvió a la demandada Colpensiones, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia, para en

ADICIONARLA y **CONDENAR** en costas de primera instancia a dicha entidad. Lo anterior, como quiera que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia apelada a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Demandante: **MARÍA ISABEL PACHECO ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia para **ADICIONARLA y CONDENAR a COLPENSIONES**, en costas de primera instancia que serán calculadas por el *a quo*, atendiendo lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

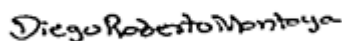
CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

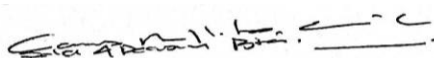
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00129 01.

Demandante: **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

Se acepta la renuncia al poder allegada por el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán, como apoderado de Colpensiones.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra las personas jurídicas enunciadas.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. y que como resultado de ello se declare que ha estado afiliada al régimen de prima media

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00129 01.

Demandante: **DORIS IRENE BRÍÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

(RPM) a través de Colpensiones, que la actora cumple con los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez en el RPM.

En consecuencia, solicita se ordene a Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones el total de los aportes de la demandante y a esta última al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, así como el pago del retroactivo y su indexación.

De manera subsidiaria deprecia se condene a Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante a partir del 12 de enero del 2019, el pago de retroactivo correspondiente, la indexación, y, en caso de que se requiera, se condene a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a redimir el bono pensional correspondiente y autorizar el subsidio para la pensión de vejez.

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

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 004), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 007), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Finalmente, atendiendo la vinculación efectuada en el auto admisorio¹, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (archivo 006), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, entre las que se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

¹ Archivo 003

Demandante: **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda declarando, de oficio, probada la excepción de PETICIÓN ANTES DE TIEMPO, respecto de la pretensión de pensión de vejez.

CUARTO: ABSOLVER al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: COSTAS únicamente a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** indicó, en síntesis, que ya había presentado una petición de reconocimiento pensional ante Colpensiones y para cuya fecha de presentación ya había cumplido los requisitos para acceder a la prestación.

Señaló que en el expediente obran pruebas que demuestran las semanas que tiene cotizadas la demandante, como lo es el historial aportado por Porvenir S.A., siendo el juzgado el que puede determinar la historia laboral correcta para determinar el monto de la pensión y la fecha desde la cual debía reconocerse el retroactivo correspondiente, al ser quien tiene la autonomía, conocimiento y experiencia para ello.

Demandante: **DORIS IRENE BRÍÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que esta entidad no tuvo injerencia en la decisión tomada por la aquí demandante en relación al traslado realizado y que el efecto de la declaratoria de ineficacia no puede serle endilgado, máxime cuando era a la AFP a quien le asistía la obligación de brindar una información veraz y oportuna al momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Manifestó que la AFP debe garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración, ello con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el RPM.

Finalmente, solicita se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que la actora y el fondo privado celebraron y los actos jurídicos, en principio, tienen efectos inter partes, por lo que independientemente de la decisión adoptada esta no puede beneficiar o perjudicar a esa administradora.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** dijo que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria y sin que hubiese mediado ningún tipo de presión o apremio de alguna naturaleza por parte de esa AFP, además, ello se dio conforme la normatividad que se encontraba vigente para el año de 1995.

Precisó que no puede entenderse que la firma del formulario de vinculación suscrito por la demandante solamente implíquela aceptación de las condiciones del régimen y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que tenía sobre los beneficios y condiciones que acarrearía su vinculación al RAIS o que este documento no sea considerado como una prueba suficiente para acreditar la existencia de la voluntad libre y consciente de la accionante de afiliarse al fondo privado, pues por expresa disposición legal es a través de esos formularios y las leyendas allí impresas que los fondos cumplían con el deber de información.

Finalmente, manifestó que el valor de las agencias en derecho a las que fue condenada resulta desproporcionado conforme lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554, como quiera que el asunto aquí ventilado ha sido ampliamente decantado por la Corte Suprema de Justicia y resulta ser “de baja complejidad”.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En primer lugar ¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.? y de ser ello así, ¿cumple la demandante con los requisitos para acceder a la pensión de vejez?

Tesis

Modificar y revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

6.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 19 de mayo de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en la carpeta 05 del expediente digital²; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 21 de septiembre de 1995 (fl. 79 del archivo 007).

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

² GRP-SCH-HL-66554443332211_1980-202105111114559

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 79 del archivo 007 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de septiembre de 1995 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no*

informado. (...)”, sin que con ello se le esté restando valor probatorio a tal documento como lo aduce Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Bríñez Orjuela se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (21 de septiembre de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que, conforme el artículo 61 del CPTSS, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP encartada se encontraba en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el pluricitado deber de información.

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

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

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

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones referente a que esa entidad nada tuvo que ver con el traslado de la actora al RAIS, por lo que solicita se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, debe decirse que esta es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016³ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho,

³ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Demandante: **DORIS IRENE BRÍÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».⁴

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

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

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

⁴ Ibidem.

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

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

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

6.2. De la Pensión De Vejez.

En el presente asunto, la actora solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que cumple con los requisitos para acceder a la misma en el régimen de prima media,

Para resolver tal pedimento, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de la mujer, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Así las cosas, encuentra la Sala que la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, pues nació el 12 de enero de 1962 (fl. 32 archivo 002), por lo que cumplió la edad aludida el mismo día y mes del año 2019, y, para la fecha de expedición de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00129 01.

Demandante: **DORIS IRENE BRÍÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

la historial laboral allegada por Porvenir S.A., esto es 15 de mayo del 2021, contaba con un total de 1311 semanas, que resultan de la sumatoria de los tiempos reportados en Colpensiones y los reportados por el mentado fondo privado (carpeta 005 y fls. 25 a 77 archivo 007).

Al punto, es pertinente resaltar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en basta jurisprudencia ha señalado que es preciso que la información consignada en la historia laboral de un afiliado sea cierta, precisa y fidedigna y que las entidades que poseen dichos datos tienen una obligación de protección y diligencia; por ejemplo, en la sentencia SL 5170 del 2019 radicación 79660, dijo:

“(…) al estar sometida la entidad a los lineamientos de la Ley 1581 de 2012, se encuentra en la obligación de custodiar, conservar y guardar la información de las cotizaciones de sus afiliados, premisa que involucra el deber de organizar y sistematizar correctamente esos datos.

Asimismo, la entidad y las administradoras de pensiones, tienen la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, esto es, garantizar que su contenido sea confiable. Esta exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.

De otra parte, Colpensiones en su condición de responsable del tratamiento de datos personales, debe asegurar un manejo transparente de la información consignada en las historias laborales y la veracidad y completitud de la misma.

No podría ser de otra forma en cuanto, las administradoras de pensiones, tienen el deber de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-208-2012 advirtió sobre el carácter vinculante que adquieren los reportes relativos al cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones frente a las decisiones que las administradoras adopten, posteriormente, respecto de los derechos pensionales de sus afiliados:

Cuando dicha entidad emite un pronunciamiento de resumen de semanas cotizadas por el empleador, correspondiente a la historia laboral, ha de entender que en principio dicha información la ata, salvo que proceda jurídicamente para controvertirla, pues a partir de ésta el receptor se crea una expectativa en torno al reconocimiento de su pensión, siendo éste (sic) un acto que expone la posición de la entidad frente a la relación jurídica en cuestión. Así las cosas, en un momento posterior no puede afirmar sin justificación alguna que la persona cotizó menos semanas de las certificadas, puesto que si bien tiene el derecho de revisar sus archivos, lo cierto es que termina siendo una conducta contradictoria que atenta contra la honestidad y lealtad con la que han de cumplir sus funciones, pues ha generado en otro la expectativa del reconocimiento de su pensión.

Demandante: **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Por lo tanto, se ha de entender que las certificaciones que haga la entidad acerca de las semanas cotizadas en pensiones la vinculan, en principio, por haber creado una expectativa en el receptor de la información. Por tanto, al resolver las solicitudes de pensión en un momento posterior ha de tener en cuenta la información que allí quedó consignada, teniendo el deber de no retractarse de las semanas cotizadas que ya había reconocido, es decir, no pudiendo afirmar que son menos de las inicialmente reconocidas, salvo que encuentre una justificación bien razonada para proceder de manera contraria.

En tal contexto, cuando Colpensiones expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información así plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. De hacerlo, transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos.”

Postura que fue reiterada en la sentencia SL 2744 del 2022 rad. 90860, en la que adicionalmente dijo esta Corporación:

“(…) al menos inicialmente, el Tribunal podía fundar su convencimiento a partir de cualquiera de las historias laborales que reposan en el expediente, en la medida en que se presumen válidas expedidas por Colpensiones, al contener sellos e improntas de la entidad.”

Es por lo anteriormente reseñado, que la Sala tiene en cuenta las historias laborales allegadas tanto por Colpensiones como por Porvenir S.A. y que obran en la carpeta 005 y a folios 25 a 77 del archivo 007, documentos que se presumen auténticos al haber sido allegados por los mismos fondos de pensiones, contienen improntas de dichas entidades y cuya información se presume cierta y veraz y con el cual es posible que este Tribunal edifique la decisión aquí tomada.

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo (CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016).

Por lo anterior, al revisarse la historia laboral consolidada allegada por Porvenir S.A. (fls. 25 a 77 archivo 007), se observa que la última cotización efectuada por la señora Briñez Orjuela data del mes de agosto del 2020, fecha para la cual alcanza 1300 semanas y tiene la edad de 58 años, por lo que el reconocimiento pensional debe hacerse a partir del **1° de septiembre de 2020**, día siguiente al de la última cotización registrada, pues recuérdese que, hechos como la ausencia de cotizaciones y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones permiten inferir, en los términos decantados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción la intención del afiliado de retirarse del sistema pensional (Sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605 y SL 4073 del 2020 rad. 59539), lo anterior por 13 mesadas anuales.

Por ello, procede la Sala a calcular el monto de la mesada pensional, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como quiera que la actora alcanzó más de 1.250 semanas, la prestación debe liquidarse con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos 10 años, según resulte más favorable.

Así las cosas, y efectuadas las operaciones de rigor⁵, se tiene que la liquidación más favorable es la de los últimos 10 años, teniéndose como mesada pensional la suma de \$1.353.289,56; en cuanto al retroactivo pensional, la Sala apoyada en su grupo liquidador encuentra que el valor de este concepto, a la fecha en que se adopta esta sentencia asciende a la suma de \$53.380.538,78, y la indexación que corresponde a la suma de \$7.409.436, pues la aludida suma se ha visto sometida a la pérdida del poder adquisitivo por la depreciación propia del dinero.

En cuanto a la prescripción, debe advertirse que dicho fenómeno extintivo no operó, pues la primera mesada a reconocer data del 01 de septiembre de 2020 y se demandó el 18 de marzo del 2021 (archivo 001).

Finalmente, frente al valor de las agencias en derecho, que aduce Porvenir S.A. en su recurso, ha de señalarse que esta no es oportunidad

⁵ Ver liquidación anexa al presente fallo, efectuada por el Grupo Liquidador del Tribunal.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00129 01.

Demandante: **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

procesal pertinente para controvertir las mismas, en los términos del numeral 5 del artículo 366 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia apelada a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

SEGUNDO. – **REVOCAR el numeral tercero** de la sentencia. En su lugar, se CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA** la pensión de vejez de que trata la Ley 797 del año 2003, a partir del 1° de septiembre de 2020 por valor de \$1.353.289,56,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00129 01.

Demandante: **DORIS IRENE BRIÑEZ ORJUELA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

el correspondiente retroactivo que, a la fecha en que se adopta esta decisión, asciende a la suma de \$53.380.538,78 y la indexación que corresponde a la suma \$7.409.436, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

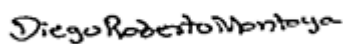
CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

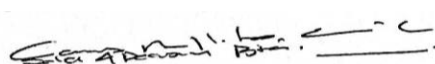
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00275 01.

Demandante: **MIREYA CASTILLO PRECIADO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

Se acepta la renuncia al poder allegada por el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán, como apoderado de Colpensiones.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **MIREYA CASTILLO PRECIADO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, efectuada a través de Protección S.A. en el mes de agosto de 2002.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00275 01.

Demandante: **MIREYA CASTILLO PRECIADO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colpensiones a recibir de Protección S.A. el bono pensional recibido por parte del ISS, las cotizaciones realizadas con la indexación pertinente y los intereses de mora.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00275 01.

Demandante: **MIREYA CASTILLO PRECIADO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **MIREYA CASTILLO PRECIADO**, a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la señora **LIDIA PATRICIA PÉREZ ESTEBAN.**

CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de **COLPENSIONES.**

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES indicó que esa entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la demandante en relación con el traslado de régimen realizado en el año 2002 a la AFP ING hoy Protección S.A.

Precisó que esta en cabeza de los fondos privados brindar la asesoría respecto de la información y también respecto de informar a los afiliados cuando se encuentre dentro del tiempo límite de los 10 años para trasladarse, deber en el que falló la AFP demandada, razón por la cual ha de ser esta quien asuma un posible reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media.

Señaló que no puede endilgársele responsabilidad a Colpensiones, máxime cuando a quien le asistía la obligación de brindar información veraz y oportuna era el fondo privado al momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Expuso que no resulta “consecuente” que los afiliados al sistema general de pensiones puedan solicitar en cualquier momento que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime cuando en este caso la demandante ya cumplió su estatus pensional estando afiliada al RAIS, tanto así que ya había iniciado el trámite del reconocimiento pensional ante este régimen.

Solicitó tener en cuenta el principio de relatividad jurídica teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora y el fondo privado y los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes, por lo que esa entidad no puede ser favorecida ni perjudicada con dicha decisión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 23 de junio de 1980 presenta aportes a tal régimen (archivo 10); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 05 de julio de 2002 (fl. 36 y 43 archivo 012).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de

afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a ING hoy Protección S.A., no es menos cierto que en la consulta SIAFP allegada por Protección S.A. en su contestación (fl. 43 archivo 012) se anotó el traslado efectuado por la demandante al RAIS el 05 de julio del 2002; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Protección S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los

medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Castillo Preciado se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de julio de 2002) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones referente a que esa entidad nada tuvo que ver con el traslado de la actora al RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora ya cumplió con los requisitos para adquirir la pensión, en

² Ibídem.

sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

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

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

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

Demandante: **MIREYA CASTILLO PRECIADO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los rubros pagados por concepto de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** los cuales deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00275 01.

Demandante: **MIREYA CASTILLO PRECIADO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

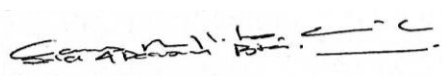
Los Magistrados



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00346 01.

Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la **parte DEMANDANTE** y las demandadas **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO** adelanta contra **COLPENSIONES y las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. y Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y a esta última a aceptar dicho traslado y tenerla como beneficiaria del régimen de transición, así como el pago de la pensión conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, el correspondiente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00346 01.

Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

retroactivo pensional indexado y los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 33 carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 39 carpeta 01), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 42 carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó en su defensa excepciones de mérito, entre las que se encuentran la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **Yolanda Badillo de Zambrano** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 20 de septiembre de 1996, a través de la **AFP Porvenir SA**, por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido.

SEGUNDO: Condenar a la Sociedad **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración.

Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

TERCERO: Como consecuencia de ello y teniendo en cuenta que el traslado ha sido ineficaz, **Condenar** a la Sociedad **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, mientras estuvo la demandante afiliada a Protección SA.

CUARTO: Condenar a la **Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones**, a recibir tanto de **Porvenir SA.**, como de **Protección SA.**, y sin reparo, todos los emolumentos mencionados en el numeral inmediatamente anterior, para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de **Yolanda Badillo de Zambrano**, con la respectiva imputación de pagos.

QUINTO: Absolver a **Colpensiones** de las demás pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo considerado.

SEXTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, y **no probados** los demás medios exceptivos, teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SEPTIMO: Costas a cargo de Porvenir SA y Protección SA y a favor de la demandante; agencias en derecho: 1 SMLMV respecto de cada una.

OCTAVO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que al remitirse al tenor literal del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para que proceda este tipo de ineficacia se debe revisar si hay o no una conducta dolosa, que en este caso no se acredita, pues la demandante aceptó haber firmado de manera libre y voluntaria todos y cada uno de los formularios de afiliación y traslado horizontal.

Manifestó que en el proceso no solo se acredita la firma libre y voluntaria del formulario de afiliación, sino que la demandante recibe asesorías respecto de aspectos fundamentales del funcionamiento del RAIS, así como las implicaciones de su decisión y el régimen de transición, aunado a que la demandante indica en su interrogatorio de parte que tiene conocimiento de cómo funciona el tema, de que la pensión puede ser heredable o entrar a una masa sucesoral, y en lo que se refiere al tema de los requisitos de causación e implicaciones de la decisión, dicha situación se acredita con el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año 2003.

Señaló que la demandante es una persona con estudios, por lo que no se le puede dar el tratamiento de un afiliado lego.

Adujo que, en este caso se acreditan tres aspectos fundamentales en lo que tiene que ver con los actos de ratificación o relacionamiento: primero, la demandante no hace uso del derecho de retracto, segundo, la demandante no optó por trasladarse a Colpensiones sino que se traslada a la AFP Protección S.A., y tercero, ese acto de traslado horizontal refiere a un contrato de carácter bilateral, que supone el cumplimiento de obligaciones recíprocas entre las partes, lo que la actora también tenía la obligación de informarse.

Respecto de la condena por gastos de administración, dijo, que se desconoce que Porvenir S.A. tenía la obligación de cobrar estos conceptos por la debida gestión que realizó durante el periodo que la demandante estuvo vinculada a esta y que esta condena afecta su patrimonio y representa un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones quien estaría recibiendo dineros sin haber realizado ningún tipo de gestión.

Señaló que, no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que, en el caso de una nulidad o ineficacia, a la persona a la que se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso las sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que estaba obligada a cumplir.

La parte **DEMANDANTE**, solicitó se determine si tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con lo previsto en el art 33 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la actora tiene más de 1.600 semanas de cotización y 64 años cumplidos, de manera que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.**, indicó que en virtud del artículo 244 del CGP el formulario de vinculación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio, pues es la información que se generaba para el momento del traslado conforme los lineamientos de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, que refiere la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

Señaló que en este caso se presenta un claro acto de relacionamiento, pues existen más de tres asesorías que se realizaron a la demandante y conforme el interrogatorio de parte practicado, se evidencia que Protección S.A. sí le brindó la información, pues no es dable que durante 30 minutos que duró la asesoría, no se le hubiere brindado la información necesaria conforme a los lineamientos de la política de asesoramiento de personas naturales y como prueba de esa asesoría se tiene el formulario de vinculación.

Respecto de la condena de devolución de gastos de administración y seguros previsionales, indicó que durante todo el tiempo que la accionante estuvo afiliada a Protección S.A., esta AFP gestionó esos dineros depositados por la misma con el mayor cuidado y diligencia, lo que se puede constatar con los rendimientos financieros y que en caso de condenarse la demandante debería devolver dichos montos a Protección S.A., por lo que conforme las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 CC debe entenderse que aunque se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos, mejores y rendimientos financieros producto de las buenas gestiones, por lo que la AFP debe conservarlos por haberlas realizado.

Finalmente, frente a la condena por seguros previsionales, adujo que esa AFP esta imposibilitada para recobrar dichos pagos a la correspondiente aseguradora y de devolverlo debería ser con cargo a su propio patrimonio lo que constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la accionante y una especie de condena en perjuicios.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Porvenir S.A. y la UGPP para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 17 de julio de 1984 presenta aportes a tal régimen (fl. 28 archivo 33 carpeta 01); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 20 de septiembre de 1996 (fl. 27 y 106 archivo 39 carpeta 01); posteriormente realizó un traslado a la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 17 de julio del 2002 (fl. 21 archivo 42 carpeta 01); y el 20 de junio del 2003 retornó nuevamente a PORVENIR S.A. (fl. 28 archivo 39 carpeta 01).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 27 y 106 del archivo 39 de la carpeta 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 20 de septiembre de 1996 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, sin que ello signifique que se le está restando valor probatorio a tal documento, como lo refiere Protección S.A. en su recurso.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Badillo de Zambrano se trasladó al

régimen de ahorro individual con solidaridad (20 de septiembre de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Ahora bien, y en cuanto a los traslados horizontales que la actora realizó dentro del RAIS a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y luego nuevamente a PORVENIR S.A., es de anotar que estos no suplen la obligación primigenia que tenía el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Lo anterior, guarda relación con el saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por las demandadas recurrentes en sus recursos, respecto de lo cual, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que la demandante no puede tenerse como una afiliada lego y

que tenía la obligación de informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

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

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

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

que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

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

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

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez es sabido que el Acto Legislativo 01 del 2005 modificó el régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Por tanto, se debía acreditar a esta anualidad el cumplimiento del régimen anterior a la Ley 100 de 1993 para considerar que se era beneficiario del aludido régimen de transición.

En el caso, la actora solicita su prestación de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, norma que establece que se debe acreditar un mínimo de 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o, 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo, y una edad de 55 años para el caso de las mujeres.

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisarse la historia laboral de la actora (fls. 12 a 21 archivo 03 carpeta 01), se evidencia que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005 contaba con las 750 semanas de cotización para que el régimen de transición se extendiera, ya que para el año 2010 no contaba con el requisito de edad para acceder a dicho régimen; en virtud de lo anterior, la accionante debió acreditar los requisitos de la pensión del acuerdo 049 de 1990 al 31 de diciembre de 2014, data para la cual ya contaba con la edad requerida, pues cumplió 55 años el 29 de julio de 2011 y las semanas de cotización, ya que cuenta con más de 500

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00346 01.

Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Así las cosas, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 de la norma en mención, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Sin embargo, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de abril de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es del 11 de junio del 2021 (fls. 39 a 59 del archivo 39 carpeta 01), ello permite concluir, que la demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco la accionante demostrara la fecha de desafiliación del sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliada del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los períodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, no queda otro camino que ordenar que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En consecuencia, se **REVOCARÁ el numeral quinto** de la sentencia, y en su lugar se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez a la actora según lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990, la que se ordena sea liquidada con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – 1.1. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

SEGUNDO. – REVOCAR el numeral quinto de la sentencia, y en su lugar se CONDENARÁ a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez a la actora según lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990, la que se ordena sea liquidada con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme las razones aquí expuestas.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

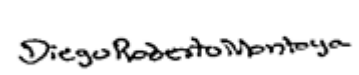
CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

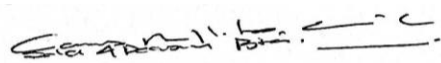


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00346 01.
Demandante: **YOLANDA BADILLO DE ZAMBRANO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2017 00612 01.

Demandante: **GONZALO SERRANO ESCALLÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **GONZALO SERRANO ESCALLÓN** adelanta contra la **UNIVERSIDAD NACIONAL y las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad del traslado por él efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 06 de enero de 1998 a través de Porvenir S.A. y como consecuencia de ello se ordene a esta última restituir a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional hoy Unisalud, la totalidad de los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2017 00612 01.

Demandante: **GONZALO SERRANO ESCALLÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Así mismo, deprecia se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, bajo el régimen de transición.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 150 a 173 carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (carpeta 04), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Posteriormente, mediante auto del 15 de septiembre del 2021 (fl. 214 a 215 carpeta 01), se dispuso la vinculación de **LA UNIVERSIDAD NACIONAL – FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción. (carpeta 05)

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, GONZALO SERRANO ESCALLÓN, entre el RPM administrado por la Caja de Previsión de la Universidad Nacional; al RAIS administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 01/04/2000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2017 00612 01.

Demandante: **GONZALO SERRANO ESCALLÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO. CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores recibidos a título de cuotas de administración y comisiones.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquel.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **GONZALO SERRANO ESCALLÓN** la prestación de vejez conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión. Por lo que la prestación se pagará a razón de 13 mesadas anuales, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas establecidas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, se deberá calcular con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, de acuerdo con lo que resulte más benéfico en su caso. Y para la tasa de reemplazo, deberá acudirse a las previsiones del artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO. ABSOLVER a COLPENSIONES y PORVENIR de las demás solicitudes incoadas en su contra en el presente asunto por **GONZALO SERRANO ESCALLÓN**.

SEXTO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, el demandante realizó su traslado de régimen pensional de manera libre, consciente, espontánea e informada, conforme a la normatividad que se encontraba vigente al momento del traslado, esto es el año 2000; que las condiciones, características, ventajas y cualquier tipo de desventaja entre el RPM y el RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante podía en cualquier momento validar el contenido de la información otorgada por esa AFP, además, como consumidora financiera tenía que actuar con una mínima diligencia la cual suponía por lo menos obtener información sobre el acto jurídico que estaba realizando, máxime cuando los datos relevantes para ello se encuentran en la ley y antes del traslado recibió una información veraz y suficiente sobre las implicaciones de su traslado y suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, el cual cumplía con todos los requisitos establecidos por la Superintendencia Bancaria.

Señaló que, del interrogatorio de parte rendido por el actor se tiene que sí se le dio la información sobre el régimen público y que el hecho de que mencione que no recuerda la información, no significa que no se le brindó.

Manifestó que si el acto jurídico de traslado del accionante es declarado ineficaz, ello implicaría retrotraer las cosas a su estado anterior, por lo que los rendimientos que se generaron en el RAIS no deberían ser trasladados a Colpensiones, especialmente cuando estos son propios del RAIS, por lo que no sería procedente la devolución de dichos emolumentos, así como tampoco la devolución de los gastos de administración, pues estos no están llamados a financiar la pensión y tienen una destinación específica la cual fue cumplida por esa AFP durante el periodo que el accionante estuvo vinculado a este fondo.

En cuanto a la orden de indexación, indicó que se está incurriendo en una doble condena, ya que se le está condenando al reintegro de los rendimientos, los cuales son actuales, por lo que no se puede generar también una indexación.

Finalmente, respecto a la condena en costas, señaló que debe desestimarse, pues en el plenario se acreditó que el actor sí recibió una información en los términos señalados en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia para la primera etapa del deber de información.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que existe una prohibición legal que no le permite al demandante su traslado al RPM por su edad; además que, pese a que indicó que en el año 2000 no había sido informado, las características del RPM se encuentran en la Ley 100 de 1993.

Indicó que el demandante no se encontraba afiliado al ISS, razón por la cual este no aprobó el traslado del demandante al RAIS, que lleva más de 20 años sin hacer cotizaciones a esta entidad y su regreso atentaría contra la sostenibilidad del sistema.

Concluyó manifestando que el actor recibió una información por parte de su administradora de pensiones actual, la cual fue suficiente para que pudiera tomar una decisión de traslado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

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

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

6.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de septiembre de 1977 presenta aportes en tal régimen, conforme la información reportada en la Historia Laboral del sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 83 a 85 carpeta 04); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 09 de marzo del 2000 (fl. 33 carpeta 04).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 33 de la carpeta 04, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 09 de marzo del 2000 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Serrano Escallón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (09 de marzo del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

De otro lado, respecto de lo reseñado por las recurrentes en su recurso, referente a que las características y condiciones de los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y que el actor como consumidor financiero tenía la obligación de informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al

sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

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

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

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021), por lo que no resultan de recibo los argumentos presentados por Skandia S.A.

6.2. De la Pensión De Vejez.

Ahora bien, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, se tiene que el demandante solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

Al punto, ha de señalarse que el artículo 36 de la Ley 100 de 1996, establece que el régimen de transición allí estipulado se aplica a aquellas personas que, al entrar en vigencia dicha norma, tuvieran 40 años de edad o más, en el caso de los hombres.

Al descender al asunto bajo estudio, se tiene que el actor no allegó al plenario copia de su registro civil o cédula de ciudadanía, sin embargo, de la historia laboral arrimada tanto por actor como por Porvenir S.A. (fls. 23

carpeta 01 y fl. 35 carpeta 04), se tiene que nació el 06 de diciembre de 1954, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 39 años, 3 meses y 23 días, razón por la cual no es beneficiario del régimen de transición consagrado en la norma antes citada.

En consecuencia, ha de estudiarse la prestación deprecada bajo los lineamientos del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que solicita que para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 65 años en el caso de los hombres, y un mínimo de 1300 semanas.

Así las cosas, encuentra la Sala que el demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, pues nació el 06 de diciembre de 1954, como en antecedencia se ilustró, por lo que cumplió la edad aludida el mismo día y mes del año 2014, y cuenta con un total de 2.067 semanas,, conforme la historia laboral consolidada allegada por Porvenir S.A. (fls. 35 a 79 archivo 04)

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, tal como lo dispuso el *a quo*, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Sin embargo, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de septiembre de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es del 22 de octubre del 2021 (fls. 35 a 79 del archivo 04), ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional, tal y como lo dispuso la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2017 00612 01.

Demandante: **GONZALO SERRANO ESCALLÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

A Quo; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los períodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, no queda otro camino que ordenar que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, frente a las costas impuestas a Porvenir S.A., estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso con dicho fondo.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver

Demandante: **GONZALO SERRANO ESCALLÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

TERCERO. -. Sin costas en esta instancia

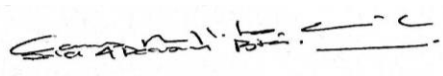
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00628 01.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **JANETH LUCÍA SILVA SILVA** adelanta contra **las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media - RPM, al de ahorro individual con solidaridad- RAIS, realizado a través de Porvenir S.A. en el mes de marzo de 1997 y como consecuencia de ello, se ordene a esta AFP trasladar a Colpensiones los aportes realizados, junto con los rendimientos generados y demás sumas causadas a su favor; y a esta última a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS.

De forma subsidiaria deprecia se declare la nulidad del traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00628 01.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 04), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante **JANETH LUCIA SILVA SILVA** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver o trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **JANETH LUCIA SILVA SILVA**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir a la señora demandante **JANETH LUCIA SILVA SILVA**, en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, corregir su estado laboral para validar las correspondientes semanas de cotización, como si nunca se hubiese traslado de régimen.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEXTO:ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES indicó que debe haber un conocimiento de las normas que rigen el ordenamiento jurídico colombiano, dentro del cual se encuentra la Ley 100 de 1993, la cual establece las diferencias entre el RPM y el RAIS.

Manifestó que Colpensiones desconoce la forma en la que se dio el traslado de la demandante ya que no había ningún de sus agentes presentes al momento de la firma del formulario; que en el interrogatorio de parte la demandante afirma que hubo un paralelo entre la forma en la cual se liquidarían las pensiones en el fondo privado y el ISS, arrojándole para ese momento un monto superior en el fondo privado, manifestación que es suficiente para que la demandante, en ese momento, tomara una decisión.

Señaló que el fallo de primera instancia desconoce las manifestaciones hechas por la demandante en el interrogatorio de parte, en el que indica que recibió asesoría del fondo, pero que en lealtad con su empleador no hizo el traslado de régimen, situación que no puede afectar a Colpensiones, entidad que no recibe aportes de la demandante desde hace más de 20 años, ya que esto afectaría la sostenibilidad del sistema.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** manifestó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que la Ley 100 de 1993 estableció el sistema pensional bajo dos regímenes excluyentes pero que coexisten, cada uno con sus características, luego, por tratarse de un sistema obligatorio las condiciones de afiliación, traslado, cotizaciones y reconocimiento de prestaciones están definidas en su totalidad por la mencionada norma, sin que las partes puedan pactar condiciones distintas a las que se encuentran descritas en la ley, por lo que la demandante debía conocer la información que le permitió trasladarse de régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que la demandante confiesa en el interrogatorio de parte que conoce aspectos fundamentales tanto del RPM como del RAIS, siendo esta la información que le permitió tomar una decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional.

Indicó que, en caso de no tener en cuenta sus argumentos, se absuelva a Porvenir S.A. de devolver lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y descuentos al fondo de garantía de pensión mínima; señalando que, los gastos de administración constituyen conceptos autorizados a descontar a las AFP como consecuencia de la administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que se materializó incrementando el saldo de su cuenta de ahorro individual, por lo que ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no los contempla, ya que estos no financian la prestación del afiliado y no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que se adelantó para acrecentar el capital existente en su cuenta; además, porque se desconoce lo dispuesto en el inciso 2 del art 20 de la Ley 100 de 1993, pues en caso de que la afiliada hubiere seguido afiliada al RPM estos también se hubieran descontado, máxime cuando estos conceptos por lo que no financian la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

También solicita se compensen las condenas especialmente los gastos de administración, primas de seguros, descuentos al fondo de pensión mínima o indexaciones a cualquier título, con los rendimientos financieros que superan los mínimos establecidos en la ley, pues si el efecto de la ineficacia es retrotraer todo a su estado inicial, estos rendimientos no se hubieran causado en el RPM, también, que se permita a Porvenir S.A. descontar las restituciones mutuas a que haya lugar como quiera que la AFP realizó una gestión a favor de la afiliada que le generó los referidos rendimientos, pues no ordenarlo constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al permitir que esa entidad se beneficie sin haber ejercido la administración de dichos recursos durante los periodos anulados.

Finalmente, respecto de la condena de trasladar los valores de forma indexada, adujo que esta no resultaría procedente como quiera que además

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00628 01.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

se condena a reintegrar los rendimientos financieros causados con lo que se le estaría condenando dos veces por el mismo rubro.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00628 01.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de marzo de 1985 presenta aportes a tal régimen (fl. 42 archivo 05); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 17 de marzo de 1997 (fl. 72 archivo 04).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 72 del archivo 04, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 17 de marzo de 1997 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Silva Silva se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (17 de marzo de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado, pues le indicaron que el ISS podía ser liquidado, que entre las bondades de los fondos privados estaba que cada uno tuviera una cuenta de ahorro individual, que a diferencia del ISS se podían pensionar a la edad que quisieran y que no había una necesidad de cumplir con determinado mínimo de semanas cotizadas, que le hicieron a groso modo un paralelo y para esa época le salía que iba a tener una pensión superior en Porvenir que en el ISS, que el fondo tenía el dinero de los afiliados y lo invertían generándoles una rentabilidad, que le indicaron que en el ISS se pensionaban al cumplir una edad mínima establecida y un mínimo de semanas cotizadas, pero no le dijeron cómo se liquidaba la pensión en el ISS ni en el fondo privado, solamente le indicaron que en la primera había una gran cuenta de todos los afiliados y en el segundo una cuenta individual; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

De otro lado, respecto de lo reseñado por las recurrentes en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00628 01.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

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

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

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

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

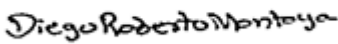
Los Magistrados,

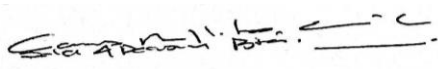

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00628 01.

Demandante: **JANETH LUCÍA SILVA SILVA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00169 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA MONTOYA FALLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que **OLGA LUCIA MONTOYA FALLA** adelanta contra **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A.**, la **UGPP** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de la afiliación por ella efectuada a Porvenir S.A. el 31 de enero del 2001, así como el efectuado posteriormente a Protección S.A. el 20 de febrero del 2003 y como consecuencia de ello, se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos causados; y a Colpensiones, a recibirla como su afiliada sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00169 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA MONTOYA FALLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó en su defensa excepciones de mérito, entre las que se encuentran la de prescripción.

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

Posteriormente, mediante auto del 07 de diciembre del 2021 (archivo 12), se vinculó a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP**, entidad que allegó contestación (archivo 16), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó excepciones en su defensa, dentro de las que se encuentra la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante **OLGA LUCÍA MONTOYA FALLA** al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de enero de 2001, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **PROTECCIÓN** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Demandante: **OLGA LUCÍA MONTOYA FALLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los cuales deberán ser transferidos a **COLPENSIONES**

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dichas transferencias y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR PROBADA la excepción denominada "Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva" presentada por la **UGPP**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, razón por la cual será absuelta de las pretensiones de la demanda.

SEXTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por Porvenir, Protección y Colpensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia, y a favor de la demandante, a cargo de **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia, a favor de la **UGPP** y a cargo de **COLPENSIONES**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)**.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES solicitó revocar la condena en costas a favor de la UGPP, pues la vinculación de esta última se realizó teniendo en cuenta que la demandante no tenía vinculación alguna con el ISS, por lo que no reposaba ningún tipo de historial, siendo necesaria la vinculación de la UGPP con el fin de que se aportaran documentos que pudieran acreditar la vinculación de la actora con la extinta Cajanal.

Manifestó que dicho llamado se hizo con base en la buena y fe y los postulados normativos con el fin de esclarecer a qué fondo de pensiones debía trasladarse la demandante, de conformidad con la ineficacia del traslado que se llegare a probar dentro del presente proceso.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Porvenir S.A. y la UGPP para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 05 de febrero de 1987 presenta aportes a tal régimen a través de la otrora CAJANAL (fl. 99 archivo 01); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 31 de enero de 2001 (fl. 118 archivo 01 y fl. 79 archivo 05); y posteriormente realizó un traslado a la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 20 de febrero del 2003 (fl. 149 archivo 01 y fl. 21 archivo 06).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 118 del archivo 01 y 79 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31 de enero de 2001 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Montoya Falla se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (31 de enero de 2001) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00169 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA MONTOYA FALLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

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

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

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

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

Respecto de las costas a las que fue condenada Colpensiones a pagar a favor de la UGPP, se tiene que la vinculación de esta última fue dispuesta por la Juez de conocimiento, atendiendo la excepción previa presentada por Colpensiones, teniendo en cuenta que en los hechos de la demanda se indicó que la demandante cotizó ante la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal.

Al punto, la Sala considera que, respecto de estas costas, las mismas no se causaron, en la medida en que Colpensiones se encontraba facultada para proponer las excepciones previas que consideraba en pro de su defensa, máxime cuando la misma resultó avante y por ello se dispuso la vinculación de la UGPP al presente asunto.

En tal medida, se **REVOCARÁ** el numeral octavo de la sentencia apelada.

Finalmente, fuere del caso pronunciarse sobre el correo electrónico que obra en el archivo 07 carpeta segunda instancia, el cual se titula “*renuncia poder*” y que fuere remitido por el Juzgado de conocimiento, sino fuera porque no se allega el documento adjunto que se menciona en el cuerpo del correo y que conforme al mismo corresponde a la “*renuncia de poder general*” remitida Colpensiones.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – 1.1. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

SEGUNDO. –. REVOCAR el numeral octavo de la providencia apelada, conforme las razones esgrimidas en esta determinación.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00169 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA MONTOYA FALLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

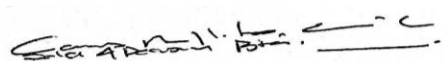
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00298 01.

Demandante: **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO** adelanta contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado por él efectuado al régimen de ahorro individual – RAIS, administrado por Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta AFP trasladar a Colpensiones los aportes realizados junto con los rendimientos generados; y a esta última a declarar válida y vigente la afiliación del actor y aceptar su traslado, así como los aportes pensionales.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00298 01.

Demandante: **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 15), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO** al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del 29 de septiembre de 2000, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte la transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto anteriormente.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones **PORVENIR**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00298 01.

Demandante: **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de agosto de 1978 presenta aportes a tal régimen (fl. 57 archivo 08); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 29 de septiembre del 2000 (fl. 75 archivo 15).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 75 del archivo 15, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 29 de septiembre del 2000 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Díaz Morato se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de septiembre del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la

sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00298 01.

Demandante: **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Demandante: **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

R E S U E L V E:

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

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

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

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

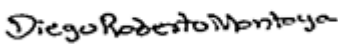
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

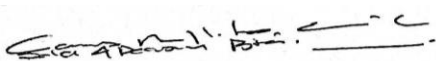
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00298 01.
Demandante: **LUIS ERNESTO DÍAZ MORATO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00392 01.

Demandante: **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de junio de 2022, en proceso ordinario laboral que **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ** adelanta contra **COLFONDOS S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida – RPM, al de ahorro individual con solidaridad – RAIS, efectuada a través de Colfondos S.A. el 23 de junio de 1995, así como las posteriores realizadas entre AFP del RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes e intereses generados en el RAIS, debidamente indexados; y a esta última de recibir y afiliarse a la demandante sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00392 01.

Demandante: **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó en su defensa excepciones de mérito, entre las que se encuentran la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora JULY PAULINA SUAREZ LOPEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.682.475 de Bogotá D.C., del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a partir del 1° de julio de 1995, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora JULY PAULINA SUAREZ LOPEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de mayo de 1998 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00392 01.

Demandante: **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

CUARTO: Condénese a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es, a partir del 1º de julio de 1995 hasta el 30 de abril de 1998, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Condenar en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) que debe asumir cada administradora y a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. manifestó que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, pues lo hizo de manera voluntaria, sin que hubiere mediado ningún tipo de presión o apremio por parte de los fondos privados a los que se ha afiliado, además que lo hizo de manera informada y consiente, de conformidad con la normatividad vigente para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen pensional, así como los posteriores al interior del RAIS.

Indicó que, para la fecha del traslado inicial no se exigía un deber de información en los términos en que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, pues ese deber de información tan riguroso únicamente se determinó con posterioridad a la fecha que la demandante se vinculó al RAIS, por lo que las AFP le brindaron a la demandante una asesoría profesional y completa, dándole una información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente, tal como lo dispone el artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Manifestó que la firma de los formularios de afiliación suscritos por la demandante no solamente implican una aceptación de las condiciones del

régimen, pues el mismo denota de manera “irrefutable” el conocimiento que la misma tenía de los beneficios y condiciones que acarreaba su vinculación al RAIS o que estos documentos no sean considerados como un medio probatorio suficiente para poder acreditar la existencia de la voluntad libre y consiente de la persona de afiliarse al RAIS, ya que era a través de dichos formularios que los fondos privados cumplían con el deber de información.

Indicó que la manera en la que se financia la pensión de vejez en cada uno de los regímenes pensionales es diferente, por lo que el hecho que la demandante no se encuentre conforme con una posible mesada pensional a recibir en el RAIS en comparación con la que podría llegar a recibir en el RPM no es suficiente para tener como demostrado un vicio en el consentimiento.

Adujo que la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros y los gastos de administración no resulta “coherente”, pues se declara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, pues la consecuencia jurídica de esta figura es declarar que el negocio jurídico no se celebró y bajo ese entendido, los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante, esto es los rendimientos financieros, tampoco se han generado, aunado a que no corresponde con las normas que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad o ineficacia de un acto jurídico, siendo claro que las sumas que se usaron para cubrir los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, esto es, manejar la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por lo que estos montos no se encuentran en poder de Porvenir S.A., pues por exigencia legal estaba obligada a invertirlas en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar a los afiliados.

Expuso que, la pretensión del presente litigio consistía en la declaratoria de ineficacia del traslado de la aquí demandante al RAIS, asunto ampliamente decantado por la Corte Suprema de Justicia y en consecuencia su estudio resulta “de baja complejidad”, por lo que considera que el valor de las agencias aquí impuestas resulta desproporcionado.

Por su parte, **COLPENSIONES** indicó que los procesos de ineficacia de traslado generan un daño a esa entidad, pues se ve obligada a recibir a la demandante y como consecuencia de ello, una vez cumplidos los requisitos debe asumir una prestación pensional, lo que afecta “gravemente” los derechos de Colpensiones, ya que está siendo condenado por un hecho que no cometió, sin que exista una causa generadora que pruebe que esta entidad fue la que causante del traslado, de la falta de información durante el traslado y tampoco incentivó a la demandante a que se desafiliara del extinto ISS.

Manifestó que, de demostrarse en segunda instancia que existió omisión de información por parte del fondo privado que originó el traslado, sea esta quien trate a la afiliada conforme a las reglas del RPM, lo cual tiene como función proteger los dineros que se encuentran en la bolsa común de Colpensiones que corresponden a todos los afiliados del RPM, pues este se ha venido afectando seriamente como consecuencia de las sentencias condenatorias en procesos de ineficacia de traslado, siendo este un daño que se le ocasiona a Colpensiones al ser este un tercero de buena fe en el traslado.

Indicó que la demandante se encuentra afiliada desde el año de 1995 al RAIS y las cotizaciones realizadas desde ese año hasta la actualidad, dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos, afectando así el ciclo piramidal de la entidad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00392 01.

Demandante: **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A., así como los realizados posteriormente?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 17 de octubre de 1984 presenta aportes a tal régimen (fl. 59 archivo 01 y fl. 34 archivo 06); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 23 de junio de 1995 (fl. 62 archivo 01); y posteriormente realizó traslados entre AFP del RAIS, siendo el último el efectuado a PORVENIR S.A., el 25 de julio del 2001 (fl. 66 archivo 01 y fl. 129 archivo 05).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 62 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de junio de 1995 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, sin que se le esté restando valor probatorio al mismo, como lo indica Porvenir S.A. en su recurso, solo que este no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Suárez López se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (23 de junio de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el

ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Porvenir S.A. al argumentar su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

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

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

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones referente a que esa entidad nada tuvo que ver con el traslado de la actora al RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, figura propia

del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían

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

lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

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

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

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

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

² Ibídem.

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

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

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

Frente al valor de las agencias en derecho, que aduce Porvenir S.A. en su recurso, ha de señalarse que esta no es oportunidad procesal pertinente para controvertir las mismas, en los términos del numeral 5 del artículo 366 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – 1.1. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

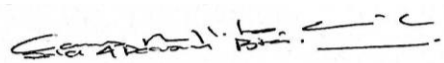
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00392 01.
Demandante: **JULY PAULINA SUÁREZ LÓPEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS** adelanta contra **PORVENIR S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado a la A.F.P. Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones; y a esta última a recibir dichos dineros y activar la afiliación.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 007), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 008), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad teniéndola como

válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por conceptos de cada estudio, administración de seguros, descuentos por garantía de pensión mínima, entre otros.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente sin costas a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al encontrarse a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, además, de que no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

fue probada la existencia de algún vicio en el consentimiento en su afiliación para declarar la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS.

Indicó que del testimonio recaudado se demuestra el cumplimiento del deber de información proscrito para el año 2003 en cabeza de la A.F.P Horizonte, adicionalmente, atendiendo el tiempo que ha estado vinculada al RAIS ha dejado clara su intención de permanecer en este y todo lo que ello conlleva.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 1° de julio de 1995 presenta aportes a tal régimen (fl. 32 archivo 001 y carpeta expediente administrativo); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 31 de julio de 2003 (fl. 55 archivo 001 y fl. 79 archivo 008).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información

completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 55 del archivo 001 y 79 del archivo 008, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31 de julio de 2003 con la otrora AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora López Penagos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (31 de julio de 2003) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la testigo Karen Guillot Preciado, quien informó que para el año 2003 era Directora Comercial en el fondo de pensiones BBVA Horizonte, y en su declaración dice no recordar a la actora, ya que había sido otro el asesor comercial de BBVA Horizonte que contactó a la Cooperativa en la que en ese momento laboraba la demandante y que la afiliación de esta no la había hecho ella (la testigo) sino el señor César Vargas, asesor comercial que estaba a su cargo, de lo cual no se extracta que la extinta BBVA Horizonte hubiera dado a conocer a la accionante las características de los regímenes pensionales ni las consecuencias de su traslado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para la demandante, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, en virtud de lo cual cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que transgredió; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2021 00528 01.

Demandante: **MARÍA CAROLINA MERCEDES LÓPEZ PENAGOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

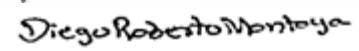
TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

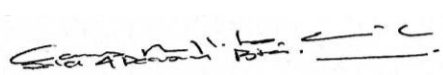
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2021 00218 01.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra las personas jurídicas enunciadas.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó en el mes de febrero del 2001 a través de la AFP Porvenir S.A.

En consecuencia, solicita se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como consecuencia de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2021 00218 01.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

rendimientos; así mismo, deprecia que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez a partir del 04 de septiembre de 2020, el correspondiente retroactivo, indexación e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1990.

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

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 08, 09 y 15), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 13), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO.- DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de inexistencia del derecho reclamado formulada por **COLPENSIONES** respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, la indexación y los intereses moratorios y **NO PROBADAS** las demás excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante **BARBARA NANCY DIMATE RÍOS** a través de **PORVENIR S.A.**, de fecha 6 de febrero de 2001.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

CUARTO.- ORDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a recibir a la demandante **BARBARA NANCY DIMATE RÍOS** como afiliada al Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO.- DECLARAR que la demandante **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS** tiene causado el derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuyo disfrute está supeditado al retiro del sistema.

SEXTO.- ABSOLVER a la demandada **COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de **COLPENSIONES**.

OCTAVO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES** remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** solicitó se condene en costas a Colpensiones atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, como quiera que dicha entidad ejerció su derecho de contradicción y defensa, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se impartió condena en su contra, por ello, al ser vencida en juicio, corresponde de manera objetiva como lo indica la norma en cita, impartir condena en costas en su contra.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, la cual se estableció por razones de estabilidad financiera del sistema pensional; que todas las actuaciones de esa entidad se encuentran encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, máxime cuando la actora no es beneficiaria del régimen de transición para que su traslado proceda en cualquier tiempo como lo ha manifestado la Corte Constitucional.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Indicó que resulta “desmedido” exigir al fondo privado que al momento del traslado de la actora hubiere realizado una proyección pensional o “imponer” un deber de asesoría un buen consejo cuando ello no se encontraba vigente, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico a la fecha del traslado.

Expuso que, se extrae del interrogatorio de parte rendido por la actora, que solo hasta el año 2020 consultó sobre su situación pensional, por lo que incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera, sin que la ignorancia de la ley sirva como excusa; que en este caso se presentó un error de derecho que no vicia el consentimiento y por ende, la afiliación de la demandante al RAIS es válida, especialmente cuando fue subsanada con la voluntad que plasmó en el formulario de afiliación, así como por la permanencia en este régimen por un tiempo prolongado.

Adujo que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró la demandante y el fondo privado, teniendo en cuenta que los actos jurídicos en principio sólo tienen efectos interpartes, por lo que, independiente de la decisión adoptada, la entidad no puede verse perjudicada ni favorecida con la misma.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** dijo que esa administradora en ningún momento atentó o impidió la afiliación de la demandante, pues en virtud de la libertad de escogencia otorgada por la ley, la accionante escogió a esa AFP para la administración de sus aportes pensionales.

Indicó que el formulario de afiliación no puede ser desconocido y no se le puede restar valor probatorio, pues este nace del cumplimiento del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que este es un documento público que no puede ser tachado de falso, que no se puede establecer que todos los formularios de afiliación son iguales, pues en muchos de ellos se indica un estudio particular, como ocurre en este caso y que debe tenerse en cuenta, además, que la demandante permaneció afiliada a Porvenir S.A. durante más de 22 años sin manifestar queja o reclamo alguno.

Adujo que toda la carga procesal recae en las AFP sin exigir ningún tipo de carga procesal a la demandante, quien se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2003 y acceder al traslado violaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Expuso que se condena a la devolución de gastos de administración, cuando estos descuentos se encuentran consagrados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, no forman parte de la pensión de vejez, es un emolumento que no le corresponde al afiliado y por su naturaleza le es aplicable la prescripción, al ser conceptos de tracto sucesivo y cobrados por la buena administración efectuada por Porvenir S.A., que se refleja en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la demandante por más de 20 años, desconociendo el principio de restituciones mutuas, además, dijo, no es posible la devolución de lo descontado por prima previsional de seguros, debido a que estos dineros cubrieron una garantía y una póliza.

Respecto de la indexación, se está imponiendo una doble condena a esa AFP, pues se está condenando al reintegro de unos rendimientos, los cuales ya están actualizados, por lo que no se puede ordenar la entrega de dichos dineros de manera indexada pues estos generan una actualización a moneda corriente, presentándose así una doble condena por un mismo concepto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2021 00218 01.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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

6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

6.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de marzo de 1983 presenta aportes en tal régimen (fls. 63 archivo 02 y 50 archivo 09); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 06 de febrero de 2001 (fl. 88 del archivo 13).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 88 del archivo 13 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 06 de febrero de 2001 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, sin que con ello se le esté restando valor probatorio a tal documento como lo aduce Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Dimate Ríos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de febrero de 2001) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, memorando que, conforme el artículo 61 del CPTSS, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP encartada se encontraba en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el pluricitado deber de información.

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

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

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que la demandante como consumidora financiera tenía la obligación de informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones referente a que esa entidad nada tuvo que ver con el traslado de la actora al RAIS, por lo que solicita se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, debe decirse que esta es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro

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

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que, para el momento del cumplimiento de

² Ibídem.

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

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

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

6.2. De la Pensión De Vejez.

Atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se estudia en favor de Colpensiones, se tiene que en el presente asunto, la actora solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que cumple con los requisitos para acceder a la misma en el régimen de prima media.

Para resolver tal pedimento, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de la mujer, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Así las cosas, encuentra la Sala que la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, pues nació el 04 de septiembre de 1963 (fl. 56-57 archivo 02), por lo que cumplió la edad aludida el mismo día y mes del año 2020, y, conforme la historia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2021 00218 01.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

laboral allegada por Porvenir S.A., cuenta con un total de 1523 semanas (fls. 112 a 116 archivo 13).

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Sin embargo, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de mayo de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es del 13 de julio del 2021, ello permite concluir, que la demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliada del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional, tal y como lo dispuso el *A Quo*; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los periodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, no queda otro camino que ordenar que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2021 00218 01.

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** de la sentencia, para **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez a la actora según lo estipulado en la ley 797 de 2003, la que se ordena sea liquidada con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

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

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

Como agencias en derecho de primer grado, señálese la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de Colpensiones.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia apelada a fin de **ADICIONAR** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos referidos en dicho numeral, a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia, para **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez a la actora según lo estipulado en la ley 797 de 2003, la que se ordena sea liquidada con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO. – **REVOCAR el numeral sexto** de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a Colpensiones, señalando como agencias en derecho de primera instancia la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente.

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

QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

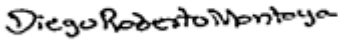
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2021 00218 01.
Demandante: **BÁRBARA NANCY DIMATE RÍOS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

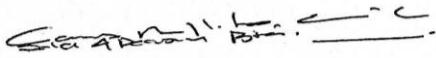
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00335 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra las personas jurídicas enunciadas.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A., fondo al que se encuentra actualmente afiliada, a devolver a Colpensiones todos los valores que obran en su cuenta de ahorro individual, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración o fondo de solidaridad; y a esta última a recibir dichos valores y actualizar la historia laboral.

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (carpeta 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y presentó, como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ilegalidad de la afiliación verificada por la señora **MARTHA LUCIA VERA SALAZAR** con destino a la A.F.P. **PROTECCIÓN S.A.** el 12 de junio de 2000. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A. y A.F.P. PORVENIR S.A.** que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por **COLPENSIONES**, las cotizaciones integralmente efectuadas y recibidas, respecto de la demandante, con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor de cada cotización recibida por la AFP)

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verificó la cotización integral correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de las A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., en proporción a la densidad de cotizaciones percibidas en el marco de la vinculación de la actora. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que, de subsistir saldos en la cuenta de ahorro por concepto de rendimientos, los valores respectivos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho no declarará probado algún medio exceptivo propuesto por las accionadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la accionante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el SUPERIOR.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** solicitó condenar en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., como quiera que también fueron vencidas en instancia judicial y sus excepciones no prosperaron, ello teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que le imposibilita trasladarse de régimen, máxime cuando el traslado efectuado al RAIS goza de plena validez.

Manifiesta que la demandante se trasladó atendiendo la libertad de escogencia de régimen establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que debe demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima, así como vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe; que en este caso no se demuestra que la demandante haya sido engañada a tomar una decisión desfavorable a sus intereses, especialmente cuando permaneció afiliada al RAIS sin manifestar ninguna inconformidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00335 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Señaló que el vínculo contractual generado a partir de la selección o afiliación a uno u otro régimen pensional, genera obligaciones recíprocas y en tal sentido la demandante también tiene obligaciones como consumidora financiera.

Concluyó indicando que la permanencia de la demandante en el RAIS evidencia que acepta y se acoge a las reglas, normas y procedimientos de este régimen, pues a partir de la firma del formulario aceptó regirse por las normas de dicho régimen.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** dijo que en el RPM no se generan los rendimientos, por lo que su devolución, además de manera indexada, resulta ser una condena por perjuicios, a los cuales no hay lugar, especialmente cuando la demandante no probó el perjuicio ocasionado; que los rendimientos ya fueron devueltos a la AFP Protección S.A. y que estos ya se encontraban actualizados, por lo que ordenar que se devuelvan los gastos de administración o dineros sobrantes de forma indexada, genera una doble condena respecto del mismo concepto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En primer lugar ¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la extinta AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00335 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

desde el 8 de febrero de 1995 presenta aportes en tal régimen, según el reporte SIAFP allegado por las AFP encartadas (fls. 97 archivo 07 y 41 archivo 08), aclarando que, si bien fue allegada historia laboral por parte de Colpensiones, la misma corresponde a otra persona que no es la aquí demandante¹ (carpeta 07 archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2121-20211104080736.pdf); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de junio del 2000 (fls. 97 archivo 07 y 41 archivo 08).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

¹ Dicho documento corresponde a los datos del señor Luis Humberto Madiedo Fonseca.

demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a ING hoy Protección S.A., no es menos cierto que en la consulta SIAFP allegada por las AFP demandadas (fls. 97 archivo 07 y 41 archivo 08) se anotó el traslado efectuado por la demandante al RAIS el 12 de junio del año 2000; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Protección S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Vera Salazar se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de junio de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la

sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

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

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

Así mismo, en cuanto a lo reseñado por dicha apelante su recurso, referente a que la demandante como consumidora financiera también tenía obligaciones, como la de informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00335 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

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

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

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

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

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

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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

Como agencias en derecho de primer grado, señálese la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una de las condenadas por este concepto.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia apelada a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00335 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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

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

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia para **ADICIONARLA y CONDENAR a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, en costas, señalando como agencias en derecho de primera instancia la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una

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

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

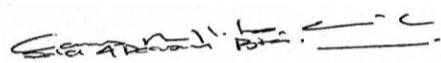


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00335 01.
Demandante: **MARTHA LUCÍA VERA SALAZAR.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la Dra. Belcy Bautista Fonseca identificada con la C.C. 1.020.748.898 de Bogotá y T.P. 205.097 del C.S.j. en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 04 de mayo de 2022, así como en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** dentro del proceso ordinario laboral que **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL** adelanta contra **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el reconocimiento y pago de \$14'651.492 por siniestros ocurridos en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

accidentes de tránsito, eventos catastróficos y actos terroristas, intereses moratorios o indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Prestó servicios de atención de urgencias y servicios de salud a personas con daños corporales derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas; **2)** Solicitó el pago de tales servicios de salud en 45 facturas, las que serían glosadas por el FOSYGA, las que fueron glosadas por tratarse de vehículos en fuga; y **3)** En varias oportunidades se ha intentado conciliación administrativa, empero, no se ha logrado arribar a un acuerdo, siendo glosadas nuevamente por extemporaneidad.

2. Actuación Procesal En Primera Instancia.

2.1. Asignación de Competencia.

La demanda fue tramitada inicialmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde el Juzgado 36 Administrativo de Oralidad remitió el proceso a los juzgados laborales de Bogotá (fls. 42 a 45 del archivo 01).

El proceso arribó al Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante providencia del 17 de septiembre de 2015 declaró su incompetencia para conocer del asunto y remitió el proceso a la Sala Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura, quien el 29 de octubre del mismo año asignó competencia a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (fls. 48 a 54 del archivo 01 y archivos 05 y 06).

2.2. Respuesta a la Demanda.

LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 97 a 124 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

Indicó que existen facturas que fueron presentadas de forma irregular y extemporánea; que se observan glosas diferentes a vehículo en fuga; que no existe normatividad que regule el pago de intereses moratorios; y que al tratarse de recurso del Estado estos necesitan de un riguroso control por parte del FOSYGA, quien era el ente que estaba encargado de aprobar el pago de tales valores.

2.3. Vinculación de la A.D.R.E.S.

En audiencia del 15 de noviembre de 2017 se tuvo como sucesor procesal de la demandada a la A.D.R.E.S. (fls. 196 y 197 del archivo 01).

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a pagar a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAUL la suma de \$13'386.881 en relación con las 45 facturas respecto de las cuales se solicitó su pago, ello de acuerdo a lo establecido en el dictamen pericial.

SEGUNDO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a pagar la FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAUL debidamente indexadas las sumas respecto de las facturas que se ordenó su reconocimiento, teniendo en cuenta la fecha de radicación de las facturas establecida en el anexo del dictamen, y el momento en que se realice su correspondiente pago.

TERCERO: ABSOLVER a la A.D.R.E.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la A.D.R.E.S.

QUINTO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a pagar costas a la demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que del dictamen pericial rendido, la factura 1802056 únicamente se podía pagar por valor de \$421.087, pues dentro de los procedimientos ofrecidos, la cefalea no hacía parte de una patología generada del accidente de tránsito, siendo procedentes los demás rubros; que frente a la facturas 1779109, 4050222, 4093157, se debía pagar \$210.645, \$120.600, \$869.424, respectivamente, puesto que no procedía el cobro respecto a procedimientos incruentos; que en la factura 4025225 se debía pagar sólo \$4'011.071, pues el procedimiento de hundimiento craneal no fue realizado; que al no existir

contradicción frente a tal medio probatorio, se le otorgaba validez, por demás que resultaba un peritaje idóneo, claro y preciso; que se logró determinar que todos los eventos se trataban de vehículos en fuga, sin que se pudiera identificar sus propietarios, correspondiéndole a la E.C.A.T. en caso de lograr su individualización, recobrar a la respectiva aseguradora; que la falta de agotamiento del trámite administrativo en los términos establecidos en este procedimiento no da lugar a la extinción de su reconocimiento; que no es dable acceder al pago de intereses moratorios, pues si bien se generan por el incumplimiento en el reconocimiento no facturas no establece un plazo para su pago; que por lo anterior, resulta procedente ordenar el reconocimiento del valor objeto de condena debidamente indexada; y que no operó prescripción, como quiera que se demandó dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se dio respuesta a cada una de estas.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que se deben reconocer intereses moratorios, ya que el Decreto 4747 de 2007 en concordancia con la Ley 1438 (sic) establecen la posibilidad de su pago ante la falta de pago dentro de los 30 día siguientes a la radicación de la factura; que el Código de Comercio también establece igual término para que hay lugar a tales intereses; que el Decreto 780 de 2017 es dable el reconocimiento de intereses moratorios ante la falta de fundamentos de parte del ente que negó su pago; y que el artículo 13 de la Ley 1222 (sic) también indica el pago de intereses moratorios, ante la ausencia de reconocimiento.

Por su parte, **A.D.R.E.S.** explicó que no es dable reconocer indexación, como quiera que no se puede pedir a la par con los intereses moratorios, pues se pretendería una doble indemnización.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo

traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable ordenar el reconocimiento de la totalidad de las facturas que fueron objeto de glosa?, y ¿es factible el reconocimiento de intereses moratorios o de indexación?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

Recobros a la Subcuenta de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito E.C.A.T.

El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó que, en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas y en catástrofes naturales, los afiliados al sistema de salud tienen derecho a los servicios médico- quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial.

Para el caso de los accidentes de tránsito, se previó que el cubrimiento de los servicios médicos quirúrgicos y demás prestaciones quedan a cargo de las aseguradoras del seguro obligatorio de accidentes de tránsito,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

S.O.A.T.; no obstante, cuando se está frente a víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados, dicho cobro se deberá efectuar ante la subcuenta E.C.A.T.; beneficio con el que también cuentan las víctimas de eventos terroristas y catastróficos (artículos 34 del Decreto 1283 de 1996 y, 2 del Decreto 3990 de 2007).

Actualmente, debe entenderse que el pago de dichos rubros, en virtud de la expedición de la Ley 1753 de 2015 y del Decreto 1429 de 2016, se encuentran en cabeza de la Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud- A.D.R.E.S., quien es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA; lo que puede observarse claramente definido en el artículo 31 de la última normatividad.

Así mismo, el Decreto 1283 de 1996 en su artículo 34 establece “(...) *En el caso de los accidentes de tránsito ocasionados por vehículo no identificado o no asegurado, el monto máximo por servicios médico-quirúrgicos será hasta de 500 salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento de ocurrencia del accidente (...) agotada la cobertura prevista para el SOAT, la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, asumirá (...), hasta por un valor máximo equivalente a 300 salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento del accidente (...) El cubrimiento de los beneficios en materia de servicios médico-quirúrgicos en caso de eventos catastróficos tendrá un tope hasta de 800 salarios mínimos diarios vigentes.*” Normatividad vigente desde el 23 de julio de 1996 hasta el 19 de octubre de 2007, momento en que es derogada por el Decreto 3990 de 2007.

Por su parte el Decreto 3990 en su artículo 2° establece: “*Beneficios. Las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito (...), tendrán derecho a los servicios y prestaciones (...) bien sea con cargo a la entidad aseguradora que hubiere expedido el SOAT...o con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga (...) así: 1. Servicios médicoquirúrgicos. En el caso de accidentes de tránsito la compañía de seguros y la subcuenta ECAT de Fosyga, en los casos de vehículos no asegurados o no identificados, reconocerán una indemnización máxima de quinientos (500) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del accidente (...) una*

vez agotado el límite de cobertura anterior, la subcuenta ECAT del Fosyga asumirá, hasta por un valor máximo equivalente a trescientos (300) salarios mínimos diarios legales vigentes. Tratándose de víctimas de eventos terroristas o catástrofes naturales, el valor de la indemnización será hasta por ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del evento (...)”.

Así mismo, el artículo 3° *ejusdem* establece en relación con los servicios médico -quirúrgicos en los eventos catastróficos, actos terroristas, y accidente de tránsito no cubiertos por una aseguradora, que es legitimado para reclamar la Institución Prestadora de Servicios de Salud- I.P.S. que prestó tales servicios, quien por demás es beneficiario según la misma normatividad.

De igual manera, el artículo 4 *ejusdem* determina que, las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a las prestaciones amparadas, deberán acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere; dicha reclamación estará conformada por los formularios adoptados por el Ministerio de la Protección Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, en original o copia auténtica, según el caso.

Ahora bien, observa la Sala que para apoyar su decisión y tomar la decisión que se ajustara a derecho, el A Quo decretó un dictamen, con el que según CSJ SL4346-2020 y CSJ SL2349-2021, los jueces pueden soportar su decisión en lo que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción, pues están sometidos a los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S. En ese sentido, expresamente en sentencia CSJ SL3992-2019, indicó que “*el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones*”.

Así las cosas, encuentra la Sala que de conformidad con el peritaje rendido las facturas objeto de reclamo fueron glosadas con fundamento en su “Se facturan servicios a ERP sin agotar los topes cubiertos por las pólizas de seguro obligatorio de accidentes de tránsito”, (archivo 012); siendo razonable que el juzgador de primera instancia se hubiera acogido a tal estudio técnico, puesto que si bien las razones que fundamentaron las glosas se cimentaron en glosas extemporáneas, identificación de vehículos con póliza S.O.A.T. vigentes, y ausencia total o parcial, inconsistencia, enmendaduras o ilegibilidad de la certificación sobre el agotamiento de la cobertura del S.O.A.T. tratándose de la cobertura adicional por cuenta de la Subcuenta E.C.A.T. de FOSYGA para víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, lo cierto es que en tal estudio se señala *que “se revisa la documentación aportada y se evidencia que el servicio prestado está adecuadamente soportado y facturado, y que la prestación fue derivada de un accidente de tránsito, por vehículo que no logró ser plenamente identificado”*, con lo que se entiende que se hizo un estudio de los requisitos formales requeridos para el cobro de facturas, así como se estudió de fondo si se estaba frente a un accidente de tránsito y las condiciones del vehículo que generó el siniestro.

En todo caso, frente a los recobros glosados por extemporaneidad habrá de rememorarse que tal término fue incluido en el Manual de Auditoria Integral de Recobros por Tecnologías en Salud No Incluidas en el Plan de Beneficios, definiéndolo como *“la inoportunidad en la presentación de las solicitudes de recobro por parte de las entidades recobrantes al no adelantar las etapas de pre- radicación y radicación ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto”*.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el artículo 7° de la Ley 1281 de 2002 establece que las facturas ante el FOSYGA se deberán presentar a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas; no obstante, establece que vencido este término no habrá reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, por lo que, no trae como consecuencia la falta de reconocimiento del derecho sino por el contrario la falta de pago de las aludidas facturas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

Posteriormente, la Circular Externa 048 de 2003 indicó que las *“reclamaciones por concepto de servicios médicos – quirúrgicos (...) con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA (...) garantizará la atención integral en salud a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, acciones terroristas, catástrofes naturales (...) Para tales efectos, la fecha a partir de la cual se empieza a contar el término de 6 meses previsto en el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 para tramitar el cobro o la reclamación por Vía administrativa ante el FOSYGA será: a. Servicios médico - quirúrgicos: A partir de la fecha de egreso de la víctima de la IPS (...) b. En el evento en que una reclamación por accidente de tránsito sea negada por la Entidad Aseguradora y en consecuencia corresponda realizar el trámite ante el FOSYGA, los seis (6) meses para la presentación de la reclamación se contabilizarán a partir de la fecha de la notificación al reclamante o beneficiario de la decisión adoptada por la aseguradora”*.

Luego, el Decreto 019 de 2012- sin las modificaciones del Decreto 056 de 2015 y la Ley 1753 de 2015- estableció que *“Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.”*

Sobre el tópico, la H. Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004 ha señalado que *“la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa”*. Por tanto, es claro que en los términos expuestos no generan la extinción del derecho, aspecto que conforme pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, quedaría sujeto al término prescriptivo de las facturas cambiarias de conformidad con el artículo 772 del C.Co, esto es, de tres años; mismo término que contempla la normatividad laboral para el establecimiento de la prescripción, conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.
Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**
Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

En este punto, es menester aclarar en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a esta corporación que, se verificará si acaeció el fenómeno prescriptivo, aspecto frente a lo cual tenemos que de las 45 facturas objeto de pretensión tenemos lo siguiente;

N °	N ° Factura	Evento	Fecha egreso por siniestro	Radicación	Fecha devoluciones	Fecha de demanda	Valor
1	8836630	Accidente de tránsito	6/07/2009	13/08/2009	15/10/2013	13/08/2014	\$ 28.700
2	9075470	Accidente de tránsito	2/08/2010	13/08/2010	28/02/2014	13/08/2014	\$ 132.000
3	9075477	Accidente de tránsito	4/08/2010	13/08/2010	28/02/2014	13/08/2014	\$ 29.700
4	9120366	Accidente de tránsito	22/11/2010	2/10/2010	28/02/2014	13/08/2014	\$ 29.700
5	9140726	Accidente de tránsito	11/12/2010	14/01/2011	28/02/2014	13/08/2014	\$ 421.087
6	9153093	Accidente de tránsito	6/01/2011	7/02/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 30.700
7	9115718	Accidente de tránsito	20/10/2010	15/02/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 210.645
8	9166308	Accidente de tránsito	7/02/2011	2/03/2011	28/02/2014	13/08/2014	\$ 13.700
9	9234632	Accidente de tránsito	17/05/2011	15/07/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 126.600
10	9242558	Accidente de tránsito	16/03/2011	1/08/2011	28/02/2014	13/08/2014	\$ 239.372
11	9242557	Accidente de tránsito	11/03/2011	1/08/2011	28/02/2014	13/08/2014	\$ 97.520
12	9242590	Accidente de tránsito	17/04/2011	1/08/2011	9/01/2014	13/08/2014	\$ 143.277
13	9251054	Accidente de tránsito	17/04/2011	16/08/2011	28/02/2014	13/08/2014	\$ 869.424
14	9256350	Accidente de tránsito	27/05/2011	6/09/2011	13/07/2013	13/08/2014	\$ 30.900
15	9269832	Accidente de tránsito	20/06/2011	1/11/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 30.900
16	9269797	Accidente de tránsito	23/06/2011	1/11/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 13.700
17	9276186	Accidente de tránsito	22/07/2011	11/11/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 30.900
18	9295748	Accidente de tránsito	5/09/2011	30/11/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 913.148
19	9303829	Accidente de tránsito	10/08/2011	15/12/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 30.900
20	9303649	Accidente de tránsito	15/09/2011	15/12/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 30.900
21	9303655	Accidente de tránsito	14/10/2011	15/12/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 25.200
22	9303754	Accidente de tránsito	8/08/2011	15/12/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 91.476
23	9303918	Accidente de tránsito	17/08/2011	15/12/2011	23/07/2013	13/08/2014	\$ 225.600
24	9306759	Accidente de tránsito	12/07/2011	6/01/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 278.520
25	9339395	Accidente de tránsito	8/11/2011	15/02/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 60.400
26	9335596	Accidente de tránsito	27/06/2011	15/02/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 4.011.071
27	9342627	Accidente de tránsito	19/12/2011	5/03/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 126.630
28	9342628	Accidente de tránsito	10/01/2012	5/03/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 14.500
29	9347253	Accidente de tránsito	6/01/2012	15/03/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 1.927.860
30	9354458	Accidente de tránsito	17/01/2012	2/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 63.330
31	9354915	Accidente de tránsito	9/02/2012	2/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 2.035.526
32	9354838	Accidente de tránsito	14/02/2013	2/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 63.330
33	9354792	Accidente de tránsito	14/02/2012	2/04/2012	4/02/2013	13/08/2014	\$ 39.030
34	9364361	Accidente de tránsito	30/01/2012	16/04/2012	4/02/2013	13/08/2014	\$ 140.110
35	9364928	Accidente de tránsito	26/03/2012	16/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 32.700
36	9364364	Accidente de tránsito	1/03/2012	25/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 32.700
37	9364365	Accidente de tránsito	1/03/2012	25/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 32.700
38	9364386	Accidente de tránsito	15/03/2012	25/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 32.700
39	9364390	Accidente de tránsito	15/03/2012	25/04/2012	23/07/2013	13/08/2014	\$ 32.700
40	9395544	Accidente de tránsito	30/04/2012	1/06/2012	9/01/2014	13/08/2014	\$ 32.700
41	9725016	Accidente de tránsito	7/05/2012	14/06/2012	28/02/2014	13/08/2014	\$ 32.700
42	9478985	Accidente de tránsito	20/09/2012	16/10/2012	28/02/2014	13/08/2014	\$ 26.600
43	9475884	Accidente de tránsito	3/05/2012	16/10/2012	28/02/2014	13/08/2014	\$ 61.400
44	9490555	Accidente de tránsito	14/10/2012	15/11/2012	28/02/2014	13/08/2014	\$ 480.925
45	9520474	Accidente de tránsito	16/11/2012	14/12/2012	13/02/2014	13/08/2014	\$ 32.700
TOTAL							\$ 13'386.881

Así las cosas, y de conformidad con el cuadro aludido es dable considerar que no operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que se interrumpió tal medio exceptivo con la presentación de la correspondiente reclamación dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, se profirió respuesta entre el 13 de julio de 2013 y el 28 de febrero de 2014, y se

demandó el 13 de agosto del mismo año, esto es, dentro del términos de tres años estatuido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 458 y 459 del C.S.T.

Igualmente, debe advertirse que frente a los recobros, los requisitos formales (artículo 4 del Decreto 3990 de 2007) se encuentran debidamente acreditados, tal y como se adujo en el peritaje y puede observarse en los archivos obrantes en los archivos 08 y 09, pues fueron allegadas los correspondientes formatos F.U.R.I.P.S. (Formulario Único de Reclamación por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en atención a los servicios prestados a víctimas de accidentes de tránsito y eventos terroristas o catastróficos), facturas de venta, los certificados de atención médica, junto con los respectivos soportes de los servicios médico-quirúrgicos.

Así las cosas, se considera acertada la decisión del *A Quo*, por lo que, en tal sentido, se confirmará.

Intereses moratorios e indexación.

Como se adujo en precedencia el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 señala que si no se reclama la cuenta de cobro dentro del término establecido para tal efecto no habrá reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias; lo que no se aplicará cuando la glosa sea infundada.

Así las cosas, la procedencia de los intereses moratorios está supeditada a la presentación de glosas infundadas, siempre y cuando su cobro no se presente dentro del término legal a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador; bajo dicha precisión, se procedió a verificar si había lugar a intereses moratorios, encontrándose que únicamente no es dable su reconocimiento frente a las facturas 9140726, 9115718, 9234632, 9251054 y 9335596, ya que se encontraron razones para considerar que su pago debía realizarse de forma parcial, por lo que sus glosas estaban fundadas, aspecto que no fue impugnado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

Así mismo, se observa que frente a las demás facturas estas se presentaron en el término de seis meses, por lo que conforme al aludido artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 hay lugar a intereses moratorios “*desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro*”, por tanto, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral segundo** a fin de establecer que se deben pagar **intereses moratorios** de las facturas objeto de condena, desde la fecha de presentación de cada una, con excepción de las facturas 9140726, 9115718, 9234632, 9251054 y 9335596, las que se deberán reconocer debidamente **indexadas**, puesto que se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

Nótese como con ello no se está incurriendo en una doble condena, pues frente a las facturas no se imponiendo de forma simultanea intereses moratorios e indexación.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán ajustar teniendo en cuenta la modificación realizada en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer, que la A.D.R.E.S. debe pagar a la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL los **intereses moratorios** de las facturas objeto de condena, desde la fecha de presentación de cada una, con excepción de las facturas 9140726,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2015-00701 -01.

Demandante: **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL.**

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

9115718, 9234632, 9251054 y 9335596, las que se deberán reconocer debidamente **indexadas**. A efectos de establecer las fechas de presentación de cada una de las facturas consúltase la fecha de “radicación” visible en el cuadro obrante en la parte motiva de la presente providencia.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán ajustarse teniendo en cuenta la revocatoria realizada en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2016-00294 -01.

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** contra la providencia que el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LEONOR TORRES** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare que Brandon Miguel Ortiz Torres – su hijo- falleció producto de un accidente de trabajo el 19 de febrero de 2006 (sic). Como consecuencia de lo anterior, se reconozca una pensión de sobrevivientes desde el 20 de febrero de 2013, intereses de mora, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Fruto de su relación con Bernardo Ortiz Arellano nació Brandon Miguel Ortiz Torres el 19 de marzo de 1984; **2)** El señor Ortiz Torres laboró para Eficiencia y Servicios S.A. del 06 al 20 de febrero de 2013, fecha en la que murió al ser herido por un compañero de trabajo mientras prestaba sus

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

servicios a dicha empresa; **3)** Es la única beneficiaria, puesto que el causante no tenía hijos, esposa, compañera permanente y del padre se desconoce el paradero; **4)** El causante devengaba un salario mínimo; **5)** Se encontraba afiliado en riesgos laborales a SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.; y **6)** Solicitó pensión de sobrevivientes, empero se negó al no existir prueba suficiente para calificar el siniestro como de origen laboral, así como por no encontrarse acreditada su calidad de beneficiaria.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. (fls. 60 a 64 del archivo 00), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que no se encuentran demostrados los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes, especialmente, que la muerte del causante fue por causa o con ocasión del accidente de trabajo.

2.2. Integración del Contradictorio.

Mediante auto del 31 de enero de 2017 se dispuso integrar en calidad de litisconsorte necesario a **JULIETH PAOLA PALMERA OVIEDO** (fls. 67 y 68 del archivo 00), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda. No formuló excepciones de mérito (archivo 04).

Adujo que no se encuentra acreditado que la actora dependiera económicamente del causante y que fue ella quien convivió con este durante sus últimos seis meses de vida.

3. Providencia Recurrida.

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

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

PRIMERO: DECLARAR que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en el sistema general de riesgos profesionales generada por la muerte de su hijo BRANDON MIGUEL ORTIZ TORRES (Q.E.P.D).

SEGUNDO: CONDENAR a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada por el causante BRANDON MIGUEL ORTIZ TORRES (Q.E.P.D), a favor de su progenitora, en cuantía mensual de \$589.500 más los reajustes de orden legal que se generan año a año en materia de mesada pensional, prestación causada a partir del 27 de junio del 2013, junto con la mesada ordinaria adicional correspondiente.

TERCERO: DECLARAR probada de manera parcial la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de junio del 2013.

CUARTO: CONDENAR a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar a la actora por concepto de retroactivo pensional causado entre el 27 de junio del 2013 al 30 de abril del 2022, la cantidad de \$87'278.957, autorizando el descuento para aportes a la seguridad social en salud.

QUINTO: CONDENAR a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar a la actora, los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada mesada pensional adeudada a partir del 27 de agosto de 2016 y hasta que se efectúe el pago de las mesadas pensionales aquí reconocidas.

SEXTO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS en esta primera instancia a la demandada. Por Secretaría en oportunidad procesal practíquese la liquidación de costas de esta primera instancia, incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$4.000.000 a favor de la demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está demostrada que era hijo de la actora, BRANDON MIGUEL ORTIZ TORRES, así como su fallecimiento el 20 de febrero de 2013; que de la declaración de JULIETH PAOLA PALMERA OVIEDO está demostrado que las razones que dieron origen al fallecimiento del causante lo fue con ocasión a su trabajo, pues su infortunio acaeció en cumplimiento de sus funciones; que no está demostrado la calidad de beneficiaria de JULIETH PAOLA PALMERA OVIEDO, pues esta manifestó en interrogatorio de parte que convivió con el causante apenas 11 meses; que pese a lo anterior, la demandante sí demostró su calidad de beneficiaria, pues conforme al acervo probatorio no se puede colegir que fuera autosuficiente para subsistir sin los ingresos económicos que le proveía su hijo fallecido, ya que sus otros hijos le colaboraban, y no tenía un trabajo estable; que el monto de la pensión es el salario mínimo, puesto que el causante cotizaba sobre tal I.B.C.; que hay lugar a intereses moratorios, como quiera que la entidad contaba con dos meses, no obstante, a la fecha no se ha realizado el reconocimiento, debiéndose contabilizar desde la presentación de la demanda; que no es dable acceder a indexación, puesto que esta es incompatible con la demande

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

por intereses moratorios; y que operó la excepción de prescripción, 27 de junio de 2013, puesto que se demandó hasta el mismo día y mes de 2016.

4. Argumentos de la Recurrente.

A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. adujo que no se demostraron los requisitos legales para acceder al derecho pretendido, ya que, no está demostrado que el siniestro del señor Ortiz Torres fuera consecuencia de un accidente de trabajo, dado que este acaeció en una vía pública en Montería- Córdoba, y las razones de su fallecimiento nada tienen que ver con el trabajo que desempeñaba ni sucedió con ocasión de este; que la actora no demostró que dependía económicamente de su hija ni parcial ni totalmente, por el contrario contaba con medios para su subsistencia, contaba con hijos mayores de edad; y que se deben tener en cuenta las normas constitucionales y legales que rigen la materia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable considerar que el siniestro que generó el fallecimiento de Brandon Miguel Ortiz Torres del 20 de febrero de 2013 se trata de un

accidente de trabajo? y ¿es la accionante beneficiaria de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo, Brandon Miguel Ortiz Torres?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Determinación del Origen de un Accidente De Trabajo.

El accidente de trabajo se encuentra definido en el artículo 3° de la Ley 1562 de 2012, norma que establece que es todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte; y que también lo es aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Especial atención merece la alusión de la norma expuesta referente a que es accidente de trabajo aquel que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, pues ello significa en el primer caso, que el accidente es derivado de forma directa por el desarrollo de la labor y de actividades relacionadas con estar, y en el segundo, que el accidente tiene una causalidad indirecta, es en virtud de un vínculo de oportunidad o de circunstancias, entre el hecho y sus funciones (CSJ SL2582-2019).

Igualmente, es necesario rememorar que de forma pacífica se ha establecido que para que exista accidente de trabajo, debe estar comprobada la relación de causalidad, entre la actividad ejecutada u orden impartida y el hecho generador del siniestro, no obstante, una vez acreditado tal supuesto, le corresponde a la A.R.L. que pretenda liberarse de su responsabilidad, derruir esa conexidad (CSJ SL11970-2017, CSJ SL 2582-2019, CSJ SL183-2021 y CSJ SL4704-2021).

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

Sentadas las anteriores premisas, lo primero que debe precisarse es que en el plenario se demostró que Brandon Miguel Ortiz Torres falleció el 20 de febrero de 2023, según registro civil de defunción obrante a folio 12 del archivo 00, en donde se dejó constancia que tal deceso era con ocasión de un delito contra la vida e integridad personal, y que ello acaeció en la ciudad de Montería- Córdoba.

De igual manera, encuentra la Sala que el causante ejecutaba el cargo de Asesor de Ventas en Eficiencia y Servicios S.A. desde el 06 de febrero de 2013, cargo en el que debía vender todos los productos de Tigo definidos para el canal en la zona establecida de acuerdo a las políticas de la compañía (carpeta 09).

Ahora, y en lo atinente al siniestro en Acta de Entrega elaborada por quien fungiera como empleador del causante, se narró que el trabajador *“estando al servicio de la empresa, falleció el 20 de febrero de 2023”*, efectuándose el correspondiente pago de liquidación de prestaciones sociales a la demandante (fls. 5 a 9 del archivo 00). Igualmente, en informe del accidente de trabajo elevado ante la demandada, el empleador dejó constancia que *“el 19-02-2013 a las 8:00 A.M. el señor Brandon Ortiz fue agredido con arma blanca por un compañero frente a las instalaciones de Colombia Móvil en Montería”* (fl. 79 del archivo 00).

En similar sentido, en concepto técnico elaborado por la demandada y visible a folios 83 a 96 del archivo 00, se consignó:

“Cómo ocurrió el accidente:

El día martes 19 de febrero de 2013 como era la rutina, todos los asesores de ventas se encontraban en reunión habitual desde su ingreso a las 7:00 A.M. con la encargada de formación Yesica Zapata Palomino; siendo aproximadamente las 8:10 se termina la reunión y el trabajador fallecido sale hacia el primer piso donde están los vehículos que los transportan a los municipios aledaños asignados para venta ese día; estos vehículos (busetas) están ubicadas sobre la calle 30. El señor Brandon deja su bolso en la buseta, baja de la misma y se dirige hacia la esquina de la Carrera 3 con calle 30 argumentando que iba a desayunar y que ya regresaba.

Estando de pie en plena vía pública, desayunando en una venta de jugos (callejera), es atacado por el Sr. Juan Diego Reyes, compañero de trabajo, que se abalanzó por detrás de la víctima y con elemento corto punzante, aun no especificado, le proporciona herida penetrante en el abdomen. Inmediatamente el agresor huye y el afectado es ayudado por los otros

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

compañeros, siendo conducido hacia la clínica de esta ciudad, donde queda hospitalizado, pero al día siguiente (20/02/2013) a las 3:30 a.m. fallece al parecer a consecuencia de las lesiones.

Datos complementarios

El día del accidente los team líderes se encontraban ausentes y el manejo de los asesores fue responsabilidad de la capacitadora Yésica Zapata.

- Durante la reunión previa a los hechos, según comentario de la capacitadora Yesica Zapata Palomino, no se dio ninguna situación que evidenciara diferencias en ese momento entre ninguno de los compañeros reunidos en la jornada de capacitación. En dicha reunión participaron todos los asesores de los diferentes grupos.
- El día viernes 5 de febrero de 2013 se realizó una brigada en el municipio de Lorica donde hubo un enfrentamiento de palabras por ingreso de un negocio, entre Elizabeth Valencia Muñoz, el agresor Juan Reyes y Yulieth Palmera Oviedo (novia del trabajador fallecido). En dicha discusión el sr Juan Diego hacía reclamamos a la joven Yulieth por la situación del cliente, sosteniendo que este le había quitado el negocio a su compañera de trabajo y sentimental. Esta versión fue descrita por el team líder de grupo Jhon Llanos, quien tuvo que intervenir al enterarse ese mismo día de la queje presentada por el grupo a raíz de lo acontecido, llamándoles la atención verbalmente a los tres (3), por lo ocurrido.
- En la discusión no interviene el joven Brando Ortiz porque pertenecía a otro grupo y se encontraba en otro municipio.
- Los días sábado 16 y lunes 18 del mes de Febrero del año en curso, se realizaron las respectivas reuniones de trabajo con participación de todos los asesores previas a las salidas hacia los municipios sin ningún tipo de discusión o conflicto (...).
- No existe una declaración que confirme que existía previamente un conflicto entre los jóvenes Brandon Ortiz y Juan Reyes.
- Los hechos ocurrieron a 60 mts aproximadamente, de la ubicación del transporte que debían tomar para el desplazamiento al municipio a atender ese día (...)"

Del mismo modo, en el informe preliminar realizado por McLaren Investigaciones Global Claims Services del 19 febrero de 2013 se señaló que la testigo Tatiana Páez Peña, Coordinadora de Eficiencia y Servicio, informó que fue notificada de una discusión del causante y su agresor, que se calmaron los ánimos, y que pasado unos minutos el exánime salió del edificio de la empresa y afuera sucedieron el siniestro; discusión de la que también dio cuenta el señor Jhon Rafael Llanos y que esta giró en torno a un tema de clientes y comisiones (carpeta 09)

Así mismo, a juicio compareció a rendir declaración Julieth Paola Palmero, quien señaló que el 19 de febrero de tuvo una discusión con un compañero de trabajo, Juan Diego, porque ella era mejor vendedora, este la

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

empujó y el causante la defendió; que a la siguiente semana Juan Diego le pidió disculpas, pero ese mismo día apuñaló al causante y lo mató; que el día de fallecimiento se encontraban en horario laboral; que el motivo del fallecimiento fueron laborales, y que incluso, este le dijo que con ocasión a su despido le quitaba al causante; que Juan Diego estaba mal de la cabeza, las ventas lo estresaban y ponía a los demás compañeros en peligro; que en esa época la empresa los estaba presionando por las ventas, diciéndoles que habían personas que iban a ser despedidos; y que la empresa constantemente los presionada para que aumentaran las ventas.

Así las cosas, y conforme al caudal probatorio narrado considera la Sala que se encuentra acreditado que el accidente que generó el fallecimiento del causante fue con ocasión a su trabajo, pues está demostrada la relación de causalidad entre la actividad ejecutada y el hecho generador del siniestro, pues como quedo visto el siniestro no sólo acaeció dentro de la jornada laboral, sino que también tuvo su génesis en discusiones que se presentaron con otro trabajador en relación con las ventas y la causación de comisiones dentro de la empresa, por lo que en tal sentido no es posible considera que la A.R.L. logró derruir dicho nexo de causalidad; por tanto, en tal aspecto la sentencia se confirmará.

De la Pensión de Sobrevivientes a favor de los Padres Dependientes.

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

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Brandon Miguel Ortiz Torres -20 de febrero de 2013- (fl. 12 del archivo 00), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio es artículo 11 de la Ley 776

de 2002 que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003 que son beneficiarios, entre otros, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este.

En cuanto a la dependencia económica, es necesario precisar que el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias del 05 de febrero de 2008, Rad. 30992, 03 de diciembre de 2014, Rad. 46892, y SL5292-2018, en la que se señaló que antes y después de la expedición del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado que ella traía sobre el requisito de dependencia económica *“de forma total y absoluta”*, dicha dependencia está concebida bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, lo que no descarta *“que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”*.

Igualmente, en sentencias CSJ SL4811-2014 y CSJ SL14923-2014, se expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual se han identificado dos condiciones a saber: i) una falta de autosuficiencia

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y ii) una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe cumplir los siguientes parámetros: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente (CSJ SL 4483-2021)

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (CSJ Rad. 52770 del 04 de diciembre de 2013) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (CSJ Rad. 44701 del 19 de noviembre de 2013).

Descendiendo al caso, observa la Sala que en el proceso está acreditado que la actora es madre del causante, según registro civil de nacimiento visible a folio 14 del archivo 00; y que el causante al momento de su deceso ostentaba la calidad de afiliado de A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. (carpeta 09).

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

Así las cosas, se procede a verificar si se acreditó la dependencia económica en los términos expuestos, frente a lo que se encuentra que según las declaraciones de Julieth Paola Palmero Oviedo y María Elena Tabares que la relación entre el causante y su madre era muy cercana; que sólo durante los últimos seis-siete meses, el exánime se había ido de la casa en la que cohabitaba con su madre; que el difunto siempre le colaboró a su madre con una suma de aproximadamente \$500.000-\$600.000, quien por su estado de salud, únicamente podía laborar esporádicamente; que la señora Palmero Oviedo y el causante tenían planes de llevarse a vivir a la demandante con ellos, puesto que este la mantenía; y que la demandante vivía en arriendo, y que este pago junto con sus gastos de vestuario, comida, y medicamentos eran sufragados por el causante.

En tal sentido, a juicio también se allegó demanda de alimentos, en la que el causante requirió a sus hermanos por cuanto estos únicamente le suministraban ayuda a su madre de forma ocasional, eran irresponsables, y que se olvidaban de tal obligación; circunstancia por la que se logró una conciliación y en donde dos de sus hijos se comprometieron a reconocerle la suma de \$50.000 (fls. 70 a 72 del archivo 00).

Así mismo, en investigación desplegada por la accionada para verificar la dependencia económica, la demandante señaló que el valor otorgado por su hijo fallecido era la suma de \$500.000, que la actora generaba ingresos-que según los testigos eran ocasionales, de \$560.00, y que los gastos de su hogar ascendían aproximadamente a \$560.000 (carpeta 09).

Así las cosas, encuentra la Sala que el aporte que el causante le suministraba a su madre era cierto, constante, y significativo; nótese como se encuentra que el aporte era de aproximadamente \$500.000 y los gastos de su madre eran de \$560.000, de manera que el valor que otorgaba el causante era significativo y ello se traducía en gastos de alimentación, servicios públicos, alimentación y medicamentos, motivos por los que no es dable establecer que tal valor se tratara de una mera colaboración o auxilio, por demás que cuando la demandante laboraba, el aporte del causante era de aproximadamente un 47,17%, porcentaje que resultaba significativo para la congrua subsistencia de la demandante.

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

Por lo anteriormente expuesto, se considera que le asiste razón al A *Quo* al ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en estudio, por lo que, se confirmará la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 02 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de las demandada.

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

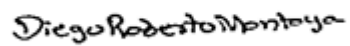
Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

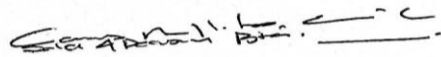
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2016-00294 -01.

Demandante: **LEONOR TORRES.**

Demandado: **A.X.A. COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$750.000 a cargo de la demandada.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2016-00611 -01.

Demandante: **MANZUR MICHEL NUMA MARÍN.**

Demandado: **ARATEL LTDA. Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MANZUR MICHEL NUMA MARÍN** interpuso contra la providencia que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 25 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **ARATEL LTDA. y LIBERTY SEGUROS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicitó la declaratoria de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado con ARATEL LTDA. cuyo objeto era atender el proceso 110013103021200800260 amparado por póliza de seguro No. U-43 200161 emitida por LIBERTY SEGUROS S.A.; que los honorarios correspondían a \$30'000.000; que se incumplió su pago; y que CARLOS MESSIER LÓPEZ como administrador de ARATEL LTDA. para la época de los hechos de tal demanda infringió sus deberes de lealtad y buena fe en perjuicio del demandante. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de daño emergente consistente en honorarios y un reembolso por la atención judicial decretada por el Juzgado 21 Civil del Circuito mediante

despacho comisorio No. 049 de 2011 en la ciudad de Cartagena; y lucro cesante consistente en los intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas de dinero a partir del 03 de septiembre de 2012, o la fecha que quede probada dentro del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** Packing Allience S.A. C.I. presentó demanda contra ARATEL LTDA., LIBERTY SEGUROS S.A., y Sociedad Portuaria de Cartagena; la que cursó en el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá con el radicado 110013103021200800260; **2)** El 23 de marzo de 2009, LIBERTY SEGUROS S.A. aprobó como honorarios profesionales la suma de \$30'000.000; **3)** Dio contestación a la demanda, atendió la práctica de las pruebas, y elaboró los alegatos de conclusión, así como acudió a Cartagena a atender un despacho comisorio para recibir la declaración de un testigo; **4)** El proceso terminó por desistimiento de la demandante, la que fue coadyuvada por las demandadas; **5)** El 03 de septiembre de 2012 presentó reclamación por concepto de honorarios profesionales, no obstante, LIBERTY SEGUROS S.A. respondió que debía allegar la cuenta de honorarios debidamente pagada por el asegurado, el reporte de la misma, y la sentencia anticipada; **6)** Por lo anterior, le presentó a CARLOS MESSIER LÓPEZ la factura No. 184 de mayo de 2013 por el valor de \$34'800.000, así como una cuenta de cobro por la suma de \$1'285.920 por los gastos incurridos en el despacho comisorio; no obstante, no se efectuó tal reconocimiento; **7)** CARLOS MESSIER LÓPEZ presentó reclamación a LIBERTY SEGUROS S.A. por concepto de honorarios afectando la respectiva póliza, pese a no media pago previo a su favor; **8)** El 28 de febrero de 2014 solicitó ante LIBERTY SEGUROS S.A. información acerca de si se había realizado el pago de honorarios por el proceso que tramitó, frente a lo que se informó que no era procedente brindar tal información por cuanto no hacía parte del contrato de seguro; **9)** El 17 de julio de 2015 radicó recuso de insistencia ante la aseguradora, empero esta ratificó su comunicado inicial; **10)** CARLOS MESSIER LÓPEZ presuntamente falsificó su firma para efectuar el cobro de la póliza de seguros; y **11)** El 30 de julio de 2015 presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General la Nación, resultando fallida ante la inasistencia de las convocadas.

2. Respuesta a la Demanda.

LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 124 a 140 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó los hechos referentes a la existencia del proceso 110013103021200800260, así como que este finalizó por desistimiento de la parte actora; y que el actor elevó diversas solicitudes de pago, así como la respuesta que se le proporcionó.

Expuso que no tuvo ningún tipo de relación contractual con el actor; que conforme a la póliza de seguro, ARATEL LTDA. debía pagar al demandante el valor de los honorarios por servicios prestados y LIBERTY SEGUROS S.A. reembolsaría por valor de dichos pagos; que pagó los correspondientes gastos que acreditó ARATEL LTDA. previa acreditación de los soportes provenientes del actor; y que la respuesta fue radicada cuatro años después de darse respuesta al demandante, por lo que operó el fenómeno de la prescripción.

Mediante auto del 17 de abril de 2017 se tuvo por NO CONTESTADA LA DEMANDA por parte de **ARATEL LTDA.** (fls. 159 y 160 del archivo 01).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la competencia del juez laboral está limitada al reconocimiento y pago de honorarios generado por la prestación personal de servicios de carácter privada, por lo que, no es dable extenderse a aspectos como la culpa grave o acciones propias del derecho comercial o civil, con excepción de cláusulas penales; que no se resultó prospera la tacha de falsedad frente a la factura donde se avizora el pago de los honorarios por falta de elementos materiales como lo es el documento original, lo que también conllevó a la Fiscalía General de la Nación a archivar sus actuaciones; que por lo anterior es dable tener tal

factura como prueba; que está acreditado que el demandante representó a ARATEL LTDA. dentro del proceso 110013103021200800260, no obstante, aparece acreditado que la obligación se sufragó en consideración a la factura obrante en el plenario; y que en todo caso, operaría la excepción de prescripción, puesto que la providencia que puso fin al proceso 110013103021200800260 data del 24 de julio de 2012, se reclamó el 03 de septiembre de 2012, y se demandó el 20 de octubre de 2016, esto es, por fuera del término de tres años que establece el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

4. Argumento de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es dable acudir para efectos de contabilizar la prescripción a normas de carácter civil; que si un deudor adeuda una suma de dinero y yo le reclamo y al otro día me reconoce que efectivamente me debe, se queda en situación de desigualdad porque a partir del primer reclamo contaría con tres años para demandar y aniquilaría mi derecho automáticamente, pues sería con el reconocimiento de la deuda el que haga que nuevamente se cuenten los términos, es ilógica la interpretación que se hace del Código de Procedimiento Laboral que establece por una solo vez; que con lo anterior se genera la confianza de que se debe el dinero pero corre paralelamente lo términos para demandar; que en la respuesta de LIBERTY SEGUROS S.A. se reconoce la deuda, de ahí vuelve a contarse los términos, de manera que cuando el 23 de mayo de 2013 se reconocen nuevamente los honorarios y se pagan, se genera nuevamente el término para demandar; y que la Corte Suprema de Justicia ante un proceso que se propuso tacha de falsedad y no se pudo aportar documento original, se crea un odioso desequilibrio, pues me tocaría a mi buscar el documento original, carga que es excesiva, por lo que debía la parte contrario allegar tal documento.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2016-00611 -01.

Demandante: **MANZUR MICHEL NUMA MARÍN.**

Demandado: **ARATEL LTDA. Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y LIBERTY SEGUROS S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Operó la excepción de prescripción frente a los honorarios pretendidos por el demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Honorarios- Prescripción.

Los contratos de prestación de servicios son relaciones contractuales eminentemente civiles o comerciales por disposición expresa del legislador; no obstante, y aunque su retribución se pacte bajo la forma de un contrato comercial o civil, tiene su fuente en el trabajo humano, por lo que es en tal sentido que la jurisdicción del trabajo puede abordar su conocimiento (CSJ SL2385-2018).

Ahora bien, los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C. (CSJ SC Exp.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2016-00611 -01.

Demandante: **MANZUR MICHEL NUMA MARÍN.**

Demandado: **ARATEL LTDA. Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

11001310304320060078201 del 10 de abril de 2013, CSJ SC Exp. 4512 del 17 de mayo de 1995).

Así mismo, dicha noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, deben aplicase en armonía con el artículo 1618 del C.C., de manera que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (CSJ SC 28 de junio de 1989 reiterada CSJ SC del 07 de febrero de 2008 y 30 de agosto de 2011, Ref: 2001-06915-01 y 11001-3103-012-1999-01957-01, respectivamente).

Así las cosas, es claro que en el proceso judicial es deber del juzgador establecer cuál fue la intención de las partes plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, lo que no se reduce ni se supedita, aun siendo claro al sentido literal de las palabras, por cuanto en todo caso, es necesario reconstruir, precisar e indagar según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal.

En cuanto a la prescripción CSJ 9319-2016, CSJ SL1624-2017, CSJ SL2012-2019, y CSJ SL4863-2019 ha establecido que son los términos del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y no las del Código Civil las que son directamente aplicables para el ejercicio de la acción de honorarios, por lo que el término prescriptivo es de tres años. Asimismo, se reconoció que, en todo caso, en estos asuntos, por la remisión autorizada en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S. era posible acudir al artículo 2539 del C.C., que regula la *interrupción natural* de la prescripción por el deudor, “según lo cual cuando el deudor, en un acto voluntario e inequívoco, reconoce tácita o expresamente la obligación, la prescripción se entiende interrumpida, a partir de ese instante”, además de que dicha regla no era incompatible con la interrupción de la prescripción por el acreedor, a través de reclamo escrito, fórmula esta que, eso sí, era viable “por una sola vez”

Sentados los anteriores presupuestos, avizora la Sala que el 23 de marzo de 2009, LIBERTY SEGUROS S.A. presentó oferta de honorarios para

que se llevara a cabo la representación judicial de ARATEL LTDA. dentro del proceso 110013103021200800260, estableciéndose que se pagaría la suma de \$30'000.000, pagaderos así: contestación de la demanda, \$12'000.000, auto de cierre de periodo probatorio, \$6'000.000, y sentencia ejecutoriada, \$12.000.000; igualmente, se pactó que se descontaría la suma de US1.000 correspondiente al deducible de la póliza debiendo asumir estos directamente el asegurado, y que para efectos del pago era indispensable que ARATEL LTDA. remitiera copia de la cuenta de honorarios debidamente cancelada y el soporte de la misma (fls. 141 y 142 del archivo 01).

Ahora bien, en el plenario se encuentra acreditado que ARATEL LTDA. a través de su representante legal Carlos Messier López le concedió poder al demandante para que representara a dicha empresa dentro del proceso 110013103021200800260, evidenciándose que contestó demanda, presentó recursos, actuó en trámite de pruebas, y presentó alegatos de conclusión (fls. 234, 235, y 245 a 290 del archivo 01); dicho proceso finalizó mediante auto del 24 de julio de 2012 (fl.291 del archivo 01), por lo que, el último porcentaje de honorarios se hizo exigible cuando tal providencia quedó ejecutoriada.

Al respecto, encuentra la Sala que el 03 de septiembre de 2012 el demandante solicitó el pago de sus honorarios profesionales ante LIBERTY SEGUROS S.A., quien le respondió el 18 del mismo mes y año, que los honorarios operaban por reembolso; y que el actor elevó nuevas solicitudes ante la misma empresa el 28 de febrero de 2014 y 17 de julio de 2015, frente a lo que se informó el 11 de marzo de 2014 y 28 de julio de 2015, respectivamente, que como no hacía parte del contrato de seguro no se le podía brindar ningún tipo de información (fls. 14 a 27 del archivo 01)

Por otra parte, se avizora que el 22 de mayo de 2013, ARATEL LTDA. a través de su representante legal allegó a LIBERTY SEGUROS S.A. fotocopia de la factura 178 del 18 de abril del mismo año donde constaba el pago de los honorarios profesionales, el comprobante de egreso, y certificación de Bancolombia (fls. 146 a 158 del archivo 01); factura que fue tachada de falsedad pero que no prosperó, sin que tal decisión hubiera sido impugnada en la etapa procesal correspondiente.

Así las cosas, la Sala únicamente encuentra que se elevó reclamación ante ARATEL LTDA., persona jurídica frente a la que solicita la declaratoria de un contrato de prestación de servicios y quien como quedó anotado fue quien otorgó poder al demandante, con la cuenta de cobro 178 que data del 18 de abril de 2013; fecha con la que es dable considerar que se interrumpió el fenómeno de la prescripción por parte del acreedor, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. se tenía el término de tres años para demandar, esto es, hasta el 18 de abril de 2016, sin embargo, se incoó la presente acción hasta el 04 de octubre de 2016 (fl.85 del archivo 01).

En cuanto a la interrupción natural de la prescripción o interrupción por parte del deudor, considera la Sala que esta no es predicable en el asunto de amarras, como quiera que de las respuestas emitidas por LIBERTY SEGUROS S.A. no se deduce que se hubiere aceptado en ningún momento parte de tal presunto deudor la existencia de una deuda; mismo escenario que se avizora acontece con ARATEL LTDA. pues ante la cuenta de cobro elevada por el demandante el 18 de abril de 2013, presuntamente efectuó su pago.

Así las cosas, considera la Sala que le asiste razón al A Quo al declarar probada la excepción de prescripción, por lo que se considera acertada la decisión absolutoria, máxime si se tiene en cuenta que al no prosperar la tacha frente al comprobante de egreso obrante a folio 150 del archivo 01, - documento que aparentemente fue suscrito por el actor- es dable derivar el pago de la obligación, puesto que en este se plasma que se pagaron los honorarios profesionales al demandante por parte de ARATEL LTDA.

Las anteriores razones son suficientes para CONFIRMAR la sentencia impugnada.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2016-00611 -01.

Demandante: **MANZUR MICHEL NUMA MARÍN.**

Demandado: **ARATEL LTDA. Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

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

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

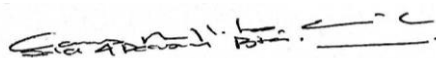
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2016-00611 -01.

Demandante: **MANZUR MICHEL NUMA MARÍN.**

Demandado: **ARATEL LTDA. Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte actora.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written over the printed name.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00701 -01.

Demandante: **JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se anule el dictamen N° 19369257 del 12 de noviembre de 2015; que se establezca que las enfermedades que padece son de origen laboral; que se asigne un P.C.L. más alto; y que le sea reconocida pensión de invalidez.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Tiene 57 años y labora mediante contrato a término fijo con Metronics S.A. desde el 01 de julio de 2010 efectuando mantenimiento y reparación de vehículos automotores; **2)** Anteriormente laboraba como Técnico de Llantas en SEM entre febrero de 2001 y diciembre de 2005, y como Operario de Llantas en Coop Futuro entre febrero de 2006 y junio de 2010; **3)** En el cargo

de Técnico de Administración de Llantas sus funciones consistían básicamente en calibrar, montar, desmontar y regrabar llantas de los buses de Transmilenio; **4)** Comenzó a presentar sintomatología lumbar en enero de 2013, lo que le impedía realizar actividades de su vida cotidiana como agacharse, levantar cargas, subir y bajar escalones, entre otras, por lo que desde febrero de 2013 empezó a prestar incapacidades; **5)** El 15 de agosto de 2013 fue intervenido quirúrgicamente con artrodesis de la L4-L5, siendo posteriormente reubicado en su labor; **6)** El 28 de noviembre de 2013 fue diagnosticado con un Lumbago no especificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; **7)** El 28 de abril de 2014, SURAMERICANA S.A. dictaminó que padecía de una discopatía lumbar múltiple, hernia discal L3 y L4 y lumbalgia crónica de origen profesional con un P.C.L. del 13,55% y fecha de estructuración el 01 de abril de 2014; **8)** Continúa sufriendo padecimientos, por lo que no se encuentra a recuperado ni rehabilitado, sumando 992 días de incapacidad; **9)** MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como aseguradora de COLFONDOS S.A. efectuó nueva calificación el 05 de enero de 2015, estableciéndose un P.C.L. equivalente al 30,80%; decisión que fue apelada; **10)** El 11 de junio de 2015 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca estableció que el origen de la enfermedad era común, la fecha de estructuración el 02 de junio de 2015, y que el P.C.L. era un 34%; decisión que fue impugnada; **11)** El 12 de noviembre de 2015, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ confirmó la decisión de la junta regional; y **12)** El médico especialista en ortopedia y traumatología de COLFONDOS S.A. emitió concepto de rehabilitación integral, señalando que presentaba una mínima posibilidad de recuperación.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. (fls. 166 a 187 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó los hechos relativos a la relación laboral del actor con SEM y Coop Futuro; las funciones que el demandante realizaba como Técnico de Administración de Llantas; y las calificaciones efectuadas por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, SURAMERICANA S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Adujo que el dictamen emitido cumple todos los parámetros técnicos y legales establecidos respecto al origen, pérdida de capacidad laboral, y fecha de estructuración del demandante; que el demandante presentó como diagnósticos diabetes mellitus no insulínica sin mención de complicación, hipertensión esencial primaria, hipotiroidismo no especificado, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, y síndrome cervicobraquial, lo que permitió tener como P.C.L. un 32,20%; que si existe una variación de la condición clínica del paciente, esto exime de responsabilidad a la junta; y que es carga de la parte demandante demostrar los supuestos en que funda su demanda.

2.2. Vinculación de Litisconsortes Necesarios.

Mediante auto del 05 de junio de 2018 se dispuso vincular como litisconsortes necesarios a **SURAMERICANA S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., y COLFONDOS S.A.** (fls. 207 y 208 del archivo 01). Igualmente, a través de auto del 10 de agosto de 2020 se ordenó la vinculación de **E.P.S. CRUZ BLANCA y E.P.S. COMPENSAR** (fls. 133 a 135 del archivo 02).

SURAMERICANA S.A. (fls. 228 a 246 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó las funciones que el actor tenía como Técnico de Administración de Llantas; y las calificaciones realizadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y por SURAMERICANA S.A.

Demandante: **JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

Expuso que como consecuencia del P.C.L. que se estableció cuando se determinó que el actor padecía de un lumbago no especificado pagó la correspondiente incapacidad permanente parcial; que frente a las enfermedades estudiadas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ se determinó que el actor no presentaba un P.C.L. superior al 50% que le permitiera acceder a una pensión de invalidez, por demás que se determinó que el origen de estas, era común; y que el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ se encuentra en firme.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 322 a 337 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó lo atinente a la calificación que realizó su aseguradora, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; y la imposibilidad que ha tenido el demandante para lograr su recuperación plena.

Manifestó que no paga incapacidades, pues estas son asumidas por el seguro que contrató para tal efecto; y que siempre ha estado pendiente del trámite de calificación del actor, no obstante, este no ha logrado alcanzar un 50% para ser acreedor de una pensión de invalidez.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fls. 362 a 417 del archivo 01) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

Aceptó que el demandante empezó a presentar sintomatología lumbar desde el 25 de enero de 2013.

Consideró que la decisión de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ dictó su dictamen conforme a las disposiciones técnicas y legales que rigen la materia; que la enfermedad que padece el accionante es de origen común, no obstante, no alcanza un P.C.L. equivalente al 50% para establecer que debe ser beneficiario de una pensión de invalidez; que por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00701 -01.

Demandante: **JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

calificación de la Lumbalgia no Especificada se le pagó al demandante una incapacidad permanente parcial por parte de su A.R.L.; que únicamente ampara contingencias de origen común; y que no se ha demostrado 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores al cumplimiento de la fecha de estructuración de las enfermedades que padece el actor.

E.P.S. COMPENSAR (fls. 234 a 254 del archivo 02) asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor

Aceptó las funciones del actor como Técnico de Administración de Llantas; la calificación efectuada por SURAMERICANA S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Explicó que no es la llamada a responder por la calificación de invalidez del demandante; que eventualmente las llamadas a responder en caso de ser modificado el dictamen es la A.R.L. o el fondo de pensiones; y que no está acreditado un P.C.L. equivalente al 50% para que haya lugar a una pensión de invalidez.

Finalmente, **E.P.S. CRUZ BLANCA** (archivo 08) del mismo modo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

No aceptó ningún hecho. Dijo que las pretensiones están encaminadas frente a una persona diferente, esto es, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; que reconoció las correspondientes prestaciones económicas a favor del demandante mientras este estuvo en situación de incapacidad; y que si se busca el pago de una prestación económica adicional el actor debió comparecer al proceso liquidatorio de la E.P.S.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, luego de hacer alusión a las normas que rigen la calificación de invalidez y el rol de las entidades de seguridad social en tal función, señaló que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia ante la existencia de diversos dictámenes disímiles se puede escoger aquel que merezca mayor credibilidad y analizar estos medios de convicción de conformidad con la libre formación del convencimiento; que en el proceso obran dos dictámenes determinantes, uno, de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 12 de noviembre de 2015 en donde se establece que las patologías del demandante son de origen común, y otro, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 08 de abril de 2020 en el que se aduce que las patologías lumbares y/o cervicales eran de origen laboral, se establece un P.C.L. del 53% y una fecha de estructuración igual a la fecha del dictamen; que el primero de los dictámenes se tuvieron en cuenta la historia clínica, análisis de puesto de trabajo, sin que se lograra demostrar que para la data en que se realizó las patologías tuvieran una entidad suficiente para superar el porcentaje del 50% que permitiera al actor acceder a una pensión de invalidez, pues lo que permitió que se sobrepasara dicho límite fue la evolución y secuelas de tales patologías, lo que incluso generó que se variara en el segundo dictamen la fecha de estructuración; y que no se puede acoger el nuevo dictamen, pues presenta imprecisiones, especialmente, en cuanto a que la fecha de estructuración no fue definida de manera adecuada.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** dijo que al no declararse la nulidad del dictamen se desconoció los principios de primacía de la realidad y de integralidad de dichos medios de calificación, puesto que se está frente a un trabajador que desde el 2010 el actor ingresó como Técnico de Llantas, y de conformidad con el estudio del puesto de trabajo padecía de patologías que no le permitían ejecutar sus funciones en debida forma; que se acreditó que el dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ no cumplía los parámetros de la Ley 100 de 1993, ya que, se desconocen los principios del Manual Único de Calificación de Invalidez, pues la calificación debe ser integral; que el último dictamen si bien presentó un error

mecanográfico en cuanto a la fecha de estructuración, no con ello se desvirtúa su idoneidad, pues se vincularon varias patologías que no estaban dentro del primer estudio, tales como, hipotiroidismo, hipertensión, diabetes, y procedimientos quirúrgicos; que en el anexo técnico de 2014 se acoge también el principio de integralidad, por demás que la acción no está solamente enfocada en la nulidad de un dictamen sino también a determinar que las patologías son de origen laboral, se asigne un P.C.L. y se asigne una fecha de estructuración; que desde la interpretación de los principios constitucionales permite sumar las patologías del actor sean de origen laboral o común, para que pueda acceder a una pensión de invalidez, tan es así que se ha perdido la posibilidad de una nueva calificación por el sólo hecho de tener este proceso vigente, se perdieron siete años, tiempo en el que el actor ha seguido en estado de incapacidad, ha sido intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, ha sido reubicado, y se reconoció a través del nuevo dictamen las patologías que eran de origen laboral, por demás que para nadie es un secreto que un Técnico de Llantas y en Transmilenio no han tenido las suficientes garantías para el desarrollo de su labor, estando expuestos a levantamiento de grandes pesos y ruidos; que con la decisión se está dejando en estado de indefensión al trabajador, máxime si se tiene en cuenta que no ha habido un proceso exitoso de rehabilitación; y que aunado a lo anterior, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca goza de respaldo científico.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por E.P.S. CRUZ BLANCA, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y SURAMERICANA S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Conforme al acervo probatorio vertido es posible dejar sin efecto el dictamen proferidos por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ? y, ¿es dable ordenar a favor del demandante el reconocimiento de una pensión de invalidez?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

De los Dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Las juntas de calificación de invalidez tienen como función principal calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Asimismo, los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, conforme al artículo 40 del Decreto 1352 de 2013 *“deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”*.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional ha establecido que los dictámenes que expiden las juntas de calificación deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, actividades, entre otras (T-424 de 2007).

Así mismo, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de

prestaciones. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1352 de 2013 señala que deben *“Emitir los dictámenes, previo estudio del expediente y valoración del paciente; Citar a la persona objeto de dictamen para la valoración correspondiente; Ordenar la práctica de exámenes y evaluaciones complementarias, diferentes a los acompañados en el expediente que considere indispensables para fundamentar su dictamen si lo considera necesario y con el fin de proferir el dictamen; Solicitar los antecedentes e informes adicionales a las Entidades Promotoras de Salud, a las Administradoras de Riesgos Laborales, a las Administradoras del Sistema General de Pensiones, Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y demás Compañías de Seguros así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario”*.

Igualmente son funciones de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calificar en segunda instancia el estado de invalidez cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (numeral 1° del artículo 13 del Decreto 1352 de 2013).

Ahora bien, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez se tratan de un concepto técnico y científico sobre la valoración completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, a través del cual, se evalúa el daño sufrido y las consecuencias que emanan del mismo (CSJ SL13545-2014).

Del mismo modo, y en cuanto a la valoración de diferentes dictámenes que se allegan a un proceso, CSJ SL4346-2020 y CSJ SL2349-2021 ha dispuesto que los jueces pueden soportar su decisión en el que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción; y que aunque se ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba.

En similar sentido, CSJ SL3992-2019, indicó que *“el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones (...) no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.”*

Descendiendo al caso, la Sala observa que el demandante eleva inconformidad contra el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 12 de noviembre de 2015 que determinó que el demandante presentaba un P.C.L. equivalente al 32,20% con fundamento en los diagnósticos que este presentaba *“dolor por artrodesis C5-C6”, “hipertensión arterial”, “diabetes mellitus tipo II”, e “hipotiroidismo”* (101 a 109 del archivo 01), por cuanto las patologías eran de origen laboral y se debía asignar un P.C.L. más alto.

Al respecto, es menester advertir que al plenario se allegó nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 19 de octubre de 2020, no obstante, en este se determinó que el demandante padecía de Diabetes Mellitus insulino dependiente sin mención de complicación, Hipertensión Esencial (primaria), Hipotiroidismo, Síndrome cervicobraquial, Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y Trastorno de disco cervical, lo que permitió establecer que el demandante presentaba un P.C.L. equivalente al 53,86% con una fecha de estructuración del 12 de noviembre de 2021, y que el riesgo era de origen laboral, pues la principal causa de dicha calificación se asentaba en las enfermedades catalogadas como de origen laboral; nótese como al ser calificada la deficiencia se establece que estas alcanzan un 42,24% y evidenciarse las restricciones en el rol laboral eran del 20% (archivo 26).

Ahora bien, el galeno Eduardo Alfredo Rincón García fue citado a audiencia para efectuar las aclaraciones y precisiones correspondientes frente al dictamen proferido. Al rendir su declaración afirmó que desde el

2005 hace parte de las juntas de calificación de invalidez; que al demandante se le citó para realizar su evaluación actual, haciéndose el correspondiente examen clínico; que se verificó toda la información médica contenida alrededor del paciente; que la junta médica se trató de alinear a los tiempos que se estaba pidiendo para hacer el cálculo del P.C.L., especialmente, lo correspondiente a los años 2013 a 2015; que el único dato que era actualizado era la evaluación clínica del paciente, es decir, su examen físico, obviando otras circunstancias sobrevinientes; que se utilizó una calificación integral de la condición del paciente, pues este ya tenía una serie de patologías comunes como hipertensión, diabetes, hipotiroidismo, y algunas más, empero, que por falta de pruebas no se incluyó; que hubo dos patologías que se calificaron como de tipo laboral, trastornos discos intervertebrales a nivel lumbar y trastorno de disco cervical, con lo que se alcanzó un P.C.L. del 53.86%; que lo que los llevó a definir que se estaba en presencia de una patología laboral fue porque el demandante trabajó diez años como Técnico de Llantas, realizaba un esfuerzo físico importante, atendía 20 vehículos donde revisaba y cambiaba llantas, y este fue el factor que más empeoró su salud, específicamente para la columna óseo vertebral; que por lo anterior, el actor fue operado de su columna lumbar en el 2014 y 2015, y llegó a una condición donde ya no podía seguir laborando, o que en suma a la diabetes, hipertensión arterial, e hipotiroidismo, esto generó una calificación integral que sumó un porcentaje mayor al 50%; que se tuvieron en cuenta las secuelas que al momento del examen tenía el actor; que la fecha de estructuración es del día de la evaluación del examen físico 19 de octubre del 2020, y si bien se colocó una posterior, fue una impresión mecanográfica; que si en el año 2015 se hubiese calificado no podría afirmar cual sería el dictamen para tal tiempo porque la información es incompleta; que la fecha de estructuración se definió como el momento en que el trabajador adquirió el 50% o más de la pérdida de capacidad laboral; que medicamente es posible que para el año 2015 no se hubiese alcanzado la pérdida de más del 50%, ya que hay que mirar su evolución; que el trastorno de disco cervical no especificado se calificó de origen laboral porque el actor tenía como riesgo ocupacional posturas por fuera de ángulos de confort, es decir, movimientos, inclinaciones y rotaciones por fuera de tales ángulos, así como por los pesos que el actor manejaba que estaban por encima de los 20 Kg, lo que hizo durante diez años todos los días con una edad de 46 años;

que calificaron las condiciones actuales del paciente, no las que hubiera podido tener en 2015, pues han pasado diversas cosas, como operaciones, reubicaciones; que en 2014 el demandante ya tenía diagnósticos en su columna cervical pues presentaba hernia central, además había sido operado en la zona lumbar; que observaron todos los factores de riesgo laborales que son contrarios a la condición de salud del paciente, en suma a que se consideró que las condiciones de trabajo del paciente empeoraron su salud; que hay unos elementos que han contribuido a empeorar la salud del actor en su salud general, como son la tensión la diabetes y el hipotiroidismo, lo que da una cierta participación que permite llegar a efectuar el reconocimiento de una pensión de invalidez; y que lo que permitió la anterior conclusión, fue la calificación integral del paciente.

De conformidad con lo anterior, es claro que el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 19 de octubre de 2020 partió de una premisa muy distinta en contraste con la que tuvo la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, esto es, la calificación integral de su paciente, para lo cual no solamente evaluó la hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo II, hipotiroidismo, sino que también agregó una patología denominada síndrome cervicobranquial, y estableció que las enfermedades “*Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales*” y “*Trastorno de disco cervical*” que harían las veces del “*dolor por artrodesis C5-C6*” denominado en el dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ era de origen laboral, y no común.

En tal contexto es menester recordar que cualquier dictamen debe contar con criterios objetivos para la calificación de la invalidez, es por ello que según CSJ SL3383-2022 se exigió la construcción de manuales de calificación que consagran baremos que permitirían determinar – de manera integral- la pérdida de la capacidad laboral; estos manuales tienen elementos indispensables para proporcionar “*un lenguaje unificado y estandarizado para el abordaje de la valoración del daño, con un enfoque integral*”. Actualmente el manual vigente es el que se encuentra consagrado en el Decreto 1507 de 2014.

Ahora, y en cuanto a la calificación integral CSJ Rad. 38.614 del 26 de junio de 2012, CSJ SL4297-2021, y CSJ SL3008-2022 ha acogió lo dispuesto por la H. Corte Contusionar mediante sentencia T-518 de 2011, esto es que la determinación de la situación de invalidez implica la sumatoria de patologías tanto de origen común como de origen laboral, las cuales, en su contexto, y al acumularse mediante sumas ponderadas, permiten determinar si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con el que cursa un afiliado es superior al 50%; que de incurrirse en esto, deba acudir por el calificador a la teoría del factor preponderante o invalidante con el fin de establecer un origen a la invalidez, dada la divergencia de orígenes de las patologías.

En ese orden, precisa CSJ SL2349-2021 y CSJ SL3008-2022 que la determinación de la invalidez, al ser un criterio susceptible de progresividad o regresividad en el que se intenta determinar si una persona está o no materialmente en situación de invalidez, supone que coexistan distintas modalidades de solicitudes de un mismo procedimiento para para determinar si una persona está en dicha condición, conforme al momento en que se adelantan las peticiones y lo que se pretende con las mismas, por lo que, *“es absolutamente factible que, dada la evolución de las patologías, la aparición de nuevos diagnósticos de un mismo origen o de una génesis diversa, pueda no solo determinarse en forma inicial un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también revisarse en el sistema de seguridad social o por vía judicial una calificación que ya está en firme o realizarse una calificación integral que incluya factores comunes y laborales, con el fin de dictaminar la situación material de invalidez de una persona, lo anterior, con las características propias que supone cada uno de estos trámites de calificación”*.

Lo anterior cobra más fuerza si se tiene en cuenta que dichas experticias *“no tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada”*, dado que ello solo ocurre con el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, que *“implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final -la sentencia-*

llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal” (CSJ SL1958- 2021y CSJ 3008-2022).

Así las cosas, es dable que *“una experticia ya en firme pueda ser revisada nuevamente o, en el caso de la existencia de patologías de origen común y laboral, las mismas puedan acumularse con el fin de determinar si una persona está materialmente en situación de invalidez”*, que es lo que al final de cuentas realmente resulta relevante al momento de efectuarse un dictamen de pérdida de capacidad laboral, esto es, se resalta si la persona se encuentra en situación de invalidez.

En consecuencia, la Sala acoge el dictamen emanado de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 19 de octubre de 2020, pues con esta no sólo quedó en evidencia que se alcanzó un P.C.L. superior al 50%, luego, de haberse efectuado un estudio integral de las patologías del demandante, sino que además determinó que el origen de las enfermedades del actor eran principalmente de origen laboral, lo que se sustentó principalmente en las condiciones en que el actor ejecutaba su trabajo y en el análisis de su puesto de trabajo.

En este punto se esclarece que dicho estudio científico se atiende de conformidad con los principios de la libre formación del convencimiento, apreciación crítica y conjunta de tal prueba, pues en suma a lo antes referido, no se evidencian falencias que afecten su veracidad por demás que fue proferido por una entidad especializada sobre la temática en cuestión, se tuvieron en cuenta los conceptos médicos del 15 de agosto de 2013, 05 de noviembre de 2014, 02 de febrero de 2015, calificaciones efectuadas por las entidades de seguridad social, exámenes paraclínicos, estudio de puesto de trabajo, y se efectuó una nueva revisión de la condición de salud del accionante.

Por tanto, no se evidencia que en el aludido dictamen se hubiera incurrido en omisión o yerro, pues, por el contrario, se denota que tuvieron en cuenta para fundamentar su decisión la correspondiente historia clínica del actor, se efectuaron valoraciones clínicas, y se llevaron a cabo las respectivas evaluaciones para determinar su condición de salud. Además,

la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca fundamentó su decisión en la normatividad que rige la materia, como lo es el Decreto 1507 de 2014.

Por tanto, la Sala se acogerá íntegramente a lo dispuesto en tal estudio técnico- científico, aclarándose que la fecha de estructuración no se mutara, pues si bien el galeno Eduardo Alfredo Rincón García manifestó en declaración rendida ante la *A Quo* que se incurrió en un yerro mecanográfico frente a la fecha de estructuración, la información que allí se consignó debe ser aclarada, adicionada o corregida mediante decisión de la junta médica, y no de forma unilateral por quien fungió únicamente como su ponente.

Finalmente, se observa que no operó la excepción de prescripción, puesto que la fecha de estructuración que se tuvo en cuenta en el dictamen incluso es posterior a la fecha de presentación de la demanda.

Por las anteriores razones, y dado que en el plenario se encuentra acreditado un P.C.L. superior al 50%, y que el origen de la enfermedad es laboral, es dable ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a cargo de COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.; entidad a la que se encuentra afiliado el demandante en riesgos laborales (fl.248 del archivo 02). Igualmente, se reconocerá la prestación a partir del 12 de noviembre de 2021, fecha de estructuración establecida por la Junta, y se ordenará que se pague teniendo en cuenta trece mesadas, los reajustes de ley, y que la liquidación para determinar el monto de la pensión se efectúe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 776 de 2002 al no contarse con los último salarios devengados por el demandante para establecer con precisión su I.B.L.; en todo caso frente al retroactivo resultante se ordenará su pago debidamente indexado y se autorizara se efectúen los descuentos por concepto de aportes a seguridad social en salud.

Así mismo, se AUTORIZARÁ a la A.R.L. a descontar del retroactivo que se adeude la suma pagada por concepto de indemnización permanente parcial, esto es, \$29'304.891 (fl.253 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00701 -01.

Demandante: **JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

Finalmente, se aclara que no hay lugar a imponer condena a las demás demandadas al no avizorarse ningún tipo de responsabilidad prestacional a su cargo.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

A. CONDENAR a COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL una pensión de invalidez a partir del 12 de noviembre de 2021; esta se deberá liquidar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 776 de 2002, se deberá pagar en trece mesadas al año, y deberá ser reajustada anualmente conforme lo dispone la ley; el retroactivo resultante se deberá pagar debidamente indexado y además, se autoriza a la A.R.L. para que realice los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

AUTORIZAR a COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. a descontar del retroactivo que se adeude, la suma pagada por concepto de indemnización permanente parcial, esto es, \$29'304.891.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00701 -01.

Demandante: **JOSÉ EDUARDO ESPINEL SANDOVAL.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

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

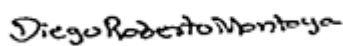
SEGUNDO. -. Costas en ambas instancias a cargo de COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.

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

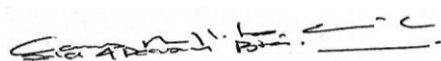
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. como agencias en derecho la suma de \$1'200.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.

Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **las partes** contra la providencia que el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 05 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **NICOLÁS FERNANDO, SANTIAGO Y JUAN DAVID GALLO CAMPOS** adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes pretenden el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de hijos, desde el 23 de febrero de 1995 y hasta el día que cada uno de ellos cumplió la edad de 18 años o hasta los 25 años en razón de sus estudios, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narraron los siguientes hechos: **1)** José Ignacio Gallo Cabra contrajo nupcias con ANA ILSE CAMPOS DE GALLO el 31 de octubre de 1967; producto de esta relación

nacieron los demandantes; **2)** El señor Gallo Cabra falleció el 23 de febrero de 1995; **3)** El 22 de septiembre de 2004 su madre solicitó pensión en nombre propio y en representación de ellos; no obstante, dicha petición se negó mediante Resolución 041524 del 05 de septiembre de 2007; **4)** La señora Campos de Gallo interpuso los recursos de ley, empero se confirmó la decisión inicial a través de la Resolución 54431 del 19 de noviembre de 2009; sin embargo, tal disposición sería modificada a través de la Resolución VPB 5496 del 18 de septiembre de 2013, mediante la que se dispuso un reconocimiento del 50% a favor de su madre, y se dejó en suspenso el otro 50%, hasta tanto se acreditaran estudios por parte de ellos; **5)** El 02 de diciembre de 2013 aportaron los documentos requeridos por la entidad; **6)** Mediante Resolución GNR 436139 del 22 de diciembre de 2014, COLPENSIONES reconoció a favor de SANTIAGO GALLO CAMPOS un retroactivo por el periodo del 02 de diciembre de 2009 al 30 de diciembre de 2012, \$17'664.797, a NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS \$0, y a JUAN DAVID GALLO CAMPOS por el periodo del 02 de diciembre de 2009 al 11 de noviembre de 2012, \$15'707.194; y **7)** El 08 de mayo de 2015 interpusieron recursos, empero mediante las Resoluciones GNR 319643 del 16 de octubre de 2015 y VPB 19177 del 27 de abril de 2016 se confirmó la decisión inicial.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que los demandantes debieron elevar solicitud pensional dentro de los tres años siguientes al cumplimiento de los 18 años, no obstante, tal petición la hicieron el 02 de diciembre de 2013, por lo que operó prescripción de las mesadas causadas antes del 02 de diciembre de 2009; y que NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS contaba con 19 años a la fecha de la solicitud pensional.

2.2. Integración ANA ILSE CAMPOS DE GALLO.

Mediante auto del 06 de marzo de 2019 se dispuso integrar en calidad de litisconsorte necesaria a **ANA ILSE CAMPOS DE GALLO** (archivo 19), quien no se opuso a las pretensiones ni a la demanda ni a la prosperidad de las pretensiones (archivo 26); en audiencia del 05 de julio de 2022 se advirtió que su vinculación lo era como demandante ad excludendum (archivo 27).

Manifestó que a sus hijos les corresponde los porcentajes exigidos por ley, por lo que no elevó pretensión a su favor.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que NICOLÁS, JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS en su calidad de hijos menores de edad tienen el derecho al 50% del reconocimiento de la pensión que había sido dejada en suspenso por parte de COLPENSIONES mediante Resolución VPB 5496 del 2013 con ocasión del fallecimiento de su padre, José Ignacio Gallo Cabra; prestación que deberá ser otorgada a partir del 23 de febrero de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a favor de JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra en los porcentajes que se ha indicado en la parte resolutive de esta sentencia, esto es, 16,63% entre el 23 de febrero de 1995 y el 23 de febrero de 2011, día anterior al que NICOLÁS GALLO CAMPOS cumplió los 25 años de edad, un 25% a partir del 24 de febrero de 2011 y hasta el 10 de septiembre de 2013, día anterior del cumplimiento de la mayoría de edad de JUAN DAVID GALLO CAMPOS y un 50% entre 11 de septiembre de 2013 y el 02 de mayo de 2015, día anterior en que SANTIAGO GALLO CAMPOS cumplió la mayoría de edad, y un 100% a favor de ANA ILSE CAMPOS DE GALLO a partir del 03 de mayo de 2015.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y con base en la liquidación efectuada por este despacho se **CONDENA** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a JUAN DAVID GALLO CAMPOS la suma de \$16'585.853; valores a los que se le han efectuado los descuentos pagados en vía administrativa, los tiempos en que no se acreditó estudios y los valores pagados de más a ANA ILSE CAMPOS DE GALLO. Se liquidó en 14 mesadas anuales.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a SANTIAGO GALLO CAMPOS la suma de \$18'057.202; valores a los que se le han efectuado los descuentos pagados en vía administrativa, los tiempos en que no se acreditó estudios y los valores pagados de más a ANA ILSE CAMPOS DE GALLO ANA ILSE CAMPOS DE GALLO. Se liquidó en 14 mesadas anuales.

DECLARAR la excepción de prescripción frente a todas las mesadas causadas a favor de NICOLÁS GALLO CAMPOS con anterioridad al 01 de diciembre de 2010, en consecuencia, se **ABSUELVE** de todas las pretensiones incoadas por tal demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.

Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEXTO: Se CONDENA a COLPENSIONES a pagar intereses moratorios a favor de JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS a partir del 02 de febrero de 2014.

SÉPTIMO: Costas a cargo de COLPENSIONES. En cuantía de un s.m.l.m.v. a favor de JUAN DAVID GALLO CAMPOS y otro s.m.l.m.v. a favor de SANTIAGO GALLO CAMPOS.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que al fallecer el causante el 23 de febrero de 1995 la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, la que establece que son beneficiarios de la pensión, los hijos menores de 18 años, así como los que tengan menos de 25 años si se encuentran estudiando; que a través de la Resolución VPB 5496 del 18 de septiembre de 2013 reconoció a ANA ILSE CAMPOS DE GALLO el 50% de la prestación con ocasión al fallecimiento del causante a partir del 22 de septiembre de 2001, dejando en suspenso el reconocimiento pensional hasta que se acreditara por parte de los demandantes su calidad de hijos estudiantes; que el 02 de diciembre de 2013 se acreditó tal calidad, y mediante Resolución GNR 436139 de 2014 se reconoció a favor de SANTIAGO y JUAN DAVID GALLO CAMPOS un 25% de la prestación para cada uno de ellos, pagándose al primero un retroactivo por el periodo del 02 de diciembre de 2009 y el 11 de septiembre de 2012, y al segundo tal retroactivo por el periodo del 02 de diciembre de 2009 al 03 de diciembre de 2012; que según información allegada por COLPENSIONES se acrecentó la pensión a favor de ANA ILSE CAMPOS DE GALLO en junio de 2014, así como se pagaron mesadas; que pese a lo anterior, la entidad no tuvo en cuenta que frente a los hijos menores de edad no era posible aplicar el fenómeno de la prescripción, pues este fenómeno se encuentra suspendido hasta cuando se arribe a la mayoría de edad; que NICOLÁS FERNANDO GALLO cumplió la mayoría de edad el 24 de febrero de 2003, JUAN DAVID GALLO CAMPOS el 11 de septiembre de 2005 y SANTIAGO GALLO CAMPOS el 03 de mayo de 2007; que ANA ILSE CAMPOS DE GALLO el 22 de septiembre de 2004 solicitó la prestación, la que se desataría hasta que se resolvió el recurso de apelación con la Resolución VPB 5496 del 18 de septiembre de 2013, la que fue notificada el 11 de octubre del mismo año; que como mayores de edad, los demandantes sólo presentaron petición el 02 de diciembre de 2013; que por lo anterior, para NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS se encuentran prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad al 02 de diciembre de 2010, pues al ser mayor edad no era posible que se tuviera en cuenta la petición elevada por su madre en 2004,

por demás que tampoco acreditó estudios para que hubiera lugar a reconocerle la prestación; que JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS debieron interrumpir la prescripción el 11 de septiembre de 2008 y el 03 de mayo de 2010, empero tal fenómeno estaba suspendido por la solicitud elevada por su madre, de modo que al ser resuelta y notificada esta el 11 de octubre de 2013, desde tal fecha tenían tres años para reclamar, con tal suerte que lo hicieron el 02 de diciembre del mismo año, y por ende, el fenómeno extintivo estuvo suspendido hasta que resolvió el recurso de apelación lo que ocurrió con la Resolución VPB 19177 del 27 de abril de 2016, fecha a partir de la cual contaba con tres años para demandar, como acaeció en juicio; que por lo anterior para JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS no se encuentran prescritas sus mesadas pensionales las que datan del 23 de febrero de 1995; que por lo dicho a JUAN DAVID GALLO CAMPOS le corresponde un retroactivo equivalente a \$48'621.447 y a SANTIAGO GALLO CAMPOS la suma de \$57'813.161, sumas a las que se deben descontar los valores pagados por COLPENSIONES, y los periodos en los que no acreditó estudios (12 de septiembre de 2005 y el 03 de junio de 2007, 02 de septiembre de 2012 y el 10 de septiembre de 2013; 04 de mayo y el 30 de diciembre 2007, 01 de julio y 01 de diciembre de 2009, 01 de enero de 2013 al 03 de mayo de 2015); que ANA ILSE CAMPOS DE GALLO sólo tenía derecho a la pensión a partir del 03 de mayo de 2015, pues era posible en tal fecha que se acreditara la condición de estudiante por parte de sus hijos, debiéndose descontar un 50% a cada uno de los hijos por ese valor que ya recibió su madre; que en síntesis le corresponde a JUAN DAVID GALLO CAMPOS, \$16'595.853 y a SANTIAGO GALLO CAMPOS, \$18'057.202; que la liquidación se hizo con 14 mesadas anuales pues la prestación se causó antes del Acto Legislativo 01 de 2005; y que los intereses moratorios se deben liquidar con la solicitud del 02 de diciembre de 2013, pero al no responder la entidad dentro de los dos meses, se deben reconocer.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo frente a la cuantificación realizada por el Despacho que los descuentos efectuados por este no se acompasan con las normas que rigen las pensiones y especialmente el acrecimiento de las mismas, pues se dan por prescritas las mesadas de NICOLÁS GALLO sin

que este genere un acrecimiento a sus hermanos, por demás que en las fechas que no se acreditó estudios el valor de la mesada se debió reconocer a sus hermanos, pues el 50% debe ser distribuido en todos los beneficios, y solo en ausencia de ellos no hay lugar a su pago; que tampoco se debió efectuar un descuento por las mesadas pagadas a ANA ILSE CAMPOS DE GALLO, puesto que al no acreditarse estudios, esta sería la única beneficiaria; que los intereses moratorios eran procedentes desde la solicitud que en 2004 hizo ANA ILSE CAMPOS DE GALLO, pues no hay razón para que la entidad se demorara hasta 2014 para resolver tal solicitud; y que la cuantificación de las costas procesales no se acompasan con el trámite, el desgaste del proceso, y la cuantía del proceso.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que ha obrado conforme a derecho, puesto que se debe tener en cuenta que el causante falleció en febrero de 1995, calenda a partir de la cual se hizo exigible el derecho pensional; que si bien la señora ANA ILSE CAMPOS DE GALLO presentó reclamación en 2004 y posteriormente se le efectuó el reconocimiento pensional, se tiene que los demandantes no acreditaron su calidad de estudiantes y que las mesadas pensionales se encontraban prescritas pues ya se habían pagado a su madre; que ya se efectuaron algunos pagos, como lo es a JUAN DAVID y SANTIAGO CAMPOS GALLO; y que no hay lugar a intereses moratorios, pues se ha pagado debidamente las mesadas pensionales, y aplicando la correspondiente prescripción.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Operó la excepción de prescripción de las mesadas causadas a favor de alguno de los demandantes?, ¿cómo operó el acrecimiento de las mesadas a favor de cada uno de los demandantes?, ¿hay lugar a descontar sumas del retroactivo que resulte a favor de los demandantes? y, ¿es dable pagar intereses moratorios, y desde que calenda resulta razonable su reconocimiento?

Tesis

Revocar parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

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

Del Acrecimiento de la Pensión de Sobrevivientes.

La figura del acrecimiento pensional se configura cuando el beneficiario de una pensión de sobrevivientes tiene el derecho compartido con otros beneficiarios y su mesada pensional se ve aumentada como consecuencia del fallecimiento, expiración o pérdida del derecho de otro de los beneficiarios (CSJ SL1803-2018 reiterada en la CSJ SL2131-2021).

Lo dicho se acompasa con el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994 que dispone que la pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, en un 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales; y que cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

Así mismo, CSJ SL9003-2016 señaló que es dable inferir que ante la falta de acreditación de la calidad de estudiante de un hijo beneficiario es

posible acrecer la pensión de sobrevivientes de los demás beneficiarios de la prestación.

Teniendo en cuenta los anteriores derroteros, se encuentra que no existe discusión en cuanto a que a los demandantes y a ANA ILSE CAMPOS DE GALLO le fue reconocida una pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50% a favor de los hijos, y en el 50% a favor de la última, como consecuencia del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra según Resolución VPB 5496 del 18 de septiembre de 2013; sin embargo, se hizo mención que la prestación se reconocería a partir del 22 de septiembre de 2000 y que se encontraban suspendidos los porcentajes de los hijos demandantes por cuanto no habían allegado la cedula de ciudadanía, certificaciones de escolaridad (fls. 30 a 37 del archivo 04 de la carpeta 01).

Luego, mediante Resolución GNR 436139 del 22 de diciembre de 2014 se consideró que había operado la excepción de prescripción frente a NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS pese a que se demostraron estudios del primer semestre de 2002 al segundo semestre de 2006; frente a JUAN DAVID GALLO CAMPOS se determinó que había estudiado entre el segundo semestre de 2007 y el primer semestre de 2013, por lo que se reconoció el 25% de la prestación por valor de \$15'707.194; y respecto de SANTIAGO GALLO CAMPOS se encontraron estudios desde el primer semestre de 2008 al primer semestre de 2009, y del primer semestre de 2010 al segundo semestre de 2012, por lo que se le reconoció un pago único por valor de \$17'664.797; sumas a las que se le aplicaron los descuentos por salud a través de la Resolución GNR 214776 del 19 de julio de 2016 (fls. 42 a 51 y 73 a 84 del archivo 04 de la carpeta 01).

Así las cosas, se procede a verificar si operó el fenómeno de la prescripción, rememorando que la suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la primera figura aludida, es dable aplicar por remisión, las normas del Código Civil, en particular los artículos 2530 y 2541.

El artículo 2541 del C.C. contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 *ejusdem* para

identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a *"Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría"*.

Bajo esas previsiones legales se ha señalado, que los destinatarios de esas disposiciones, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción; es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos.

Lo dicho es conteste con lo explicado por la CSJ SL10641-2014 reiterada en la CSJ SL1010-2021, en la que se recordó el criterio expuesto en las decisiones del CSJ Rad. 11349 del 11 de diciembre de 1998, y CSJ Rad. 39631 del 30 de octubre de 2012, a propósito de la suspensión de la prescripción, en donde se señaló que la prescripción procura la reclamación rápida de los derechos, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo, no obstante que esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

De esta manera, encontramos que la fecha de fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra acaeció el 23 de febrero de 1995 según registro civil de defunción obrante en la carpeta 05, por lo que, a partir de tal calenda se hizo exigible la pensión de sobrevivientes que dejó causada.

Ahora bien, NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS nació el 24 de febrero de 1985, JUAN DAVID GALLO CAMPOS el 11 de septiembre de 1987, y SANTIAGO GALLO CAMPOS el 03 de mayo de 1989 (fls. 1 a 3 del archivo 04 de la carpeta 01), por lo que cumplieron la edad de 18 años el 24 de febrero de 2003, 11 de septiembre de 2005, y el 03 de mayo de 2007,

respectivamente; por tanto, se entiende que la prescripción estuvo suspendida, lo que ocurrió en el caso del señor NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS hasta cuando arribó a la edad de 18 años, y en el caso de JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS cuando su representante, ANA ILSE CAMPOS DE GALLO ejerció a nombre de ellos la correspondiente reclamación.

En ese orden de ideas, frente a NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS debía efectuar la reclamación de su retroactivo pensional causado desde el 23 de febrero de 1995 a más tardar el 24 de febrero de 2006, lo que efectuó el 22 de septiembre de 2004, según lo dispuesto en la Resolución 041524 del 05 de septiembre de 2007, en donde se señala que se presentó en calidad de hijo mayor de edad y estudiante (fls. 6 a 9 del archivo 04 de la carpeta 01). En igual sentido, en dicho acto administrativo se hace mención que en la misma fecha compareció ANA ILSE CAMPOS DE GALLO en representación de sus hijos JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS.

Así las cosas, y como quiera que mediante la Resolución 041524 del 05 de septiembre de 2007 se negó el derecho pensional, que se presentaron los recursos de ley, y que estos sólo se desataron hasta las Resoluciones 54431 del 19 de noviembre de 2009 y VPB 5496 del 18 de septiembre de 2013 (fls. 13 a 18 y 29 a 37 del archivo 04 de la carpeta 01); último acto administrativo a través del cual se reconoció la prestación a los hijos demandantes, empero se dejó en suspenso hasta que se allegara documentos de identidad y certificados de estudio, siendo ordenado de forma definitiva la pensión a través de la Resolución GNR 436139 del 22 de diciembre de 2014.

De esta manera, sería dable concluir que con la Resolución GNR 436139 del 22 de diciembre de 2014 se agotó la reclamación administrativa iniciada el 22 de septiembre de 2004; no obstante, se observa que en el artículo quinto de tal acto administrativo se consignó *“en caso de inconformidad contra la presente resolución, puede interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación”*, por lo que decisión de la misma administración establecer un trámite adicional para una nueva interposición de recursos, motivo por el que se presentaron los recursos de

reposición y de apelación, los que fueron desatados mediante las resoluciones GNR 319643 del 16 de octubre de 2015 y VPB 19177 del 27 de abril de 2016, confirmándose la decisión inicial- último acto en el que se advirtió que había quedado agotada la vía gubernativa (fls. 59 a 72 del archivo 04 de la carpeta 01).

Por tanto, se tenía hasta el 27 de abril de 2019 para incoar demanda, presupuesto que se acreditó, pues se demandó el 08 de junio de 2018 (archivo 01 de la carpeta 01), por lo que el retroactivo objeto de conocimiento en tales condiciones no se vio afectado por el fenómeno de la prescripción, y en consecuencia se debe reconocer desde el 23 de febrero de 1995, para lo cual se hace necesario deflactar la mesada reconocida pues esta data del año 2000.

Conforme a ello, tenemos que el valor de la mesada a 2000 es de \$806.674, y que deflactada a 1995 asciende a la suma de \$370.100,26, según las siguientes operaciones aritméticas de rigor:

MESADA DEFLACTADA		
Año	Incremento (%)	Pensión
1.995		\$ 370.100,26
1.996	19,46%	\$ 442.121,77
1.997	21,63%	\$ 537.752,71
1.998	17,68%	\$ 632.827,39
1.999	16,70%	\$ 738.509,57
2.000	9,23%	\$ 806.674,00

En ese orden de ideas, a cada uno de los demandantes le correspondía una tercera parte de la mesada hasta cuando el hijo mayor, NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS cumplió la mayoría de edad y acreditó estudios hasta antes de cumplir la edad de 25 años- 24 de febrero de 2010; el primer presupuesto se acreditó el 24 de febrero de 2003, y el segundo, se dejó constancia en la Resolución GNR 436139 del 22 de diciembre de 2014 que estudió del primer semestre de 2002 al segundo semestre de 2006, sin que se acreditaran nuevos estudios.

En cuanto a JUAN DAVID GALLO CAMPOS tenemos que cumplió la mayoría de edad el 11 de septiembre de 2005, por lo que tenía derecho a percibir la prestación hasta el mismo día y mes de 2012, siempre y cuando acreditara estudios, lo que según Resolución GNR 436139 del 22 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.

Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

diciembre de 2014 se hizo en los periodos del segundo semestre de 2007 hasta el primer semestre de 2013.

Finalmente, SANTIAGO GALLO CAMPOS cumplió la mayoría de edad el 03 de mayo de 2007, por lo que tenía derecho a percibir la prestación hasta el mismo día y mes de 2014, siempre y cuando acreditara estudios, lo que según Resolución GNR 436139 del 22 de diciembre de 2014 se hizo en los periodos del primer semestre de 2008 al primer semestre de 2009 y del primer semestre de 2010 al segundo semestre de 2012, asimismo, se verifica que durante 2007 cursó el grado undécimo (fl.106 del archivo 04 de la carpeta 01).

En ese orden de ideas, tenemos que se debe reconocer el 50% de la pensión de sobrevivientes en las siguientes proporciones:

- NICOLÁS FERNANDO, JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS, 1/3 parte del 50% del 23 de febrero de 1995 al 31 de diciembre de 2006, por lo que, al no acreditarse estudios por parte del primero a partir del 01 de enero de 2007, desde tal data se acrecentó la pensión a favor de sus hermanos.
- JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS, 25% de la prestación del 01 de enero de 2007 al 30 de junio de 2009, pues el segundo semestre de 2009 no se estudió por parte del segundo, de modo que durante dicho semestre se acrecentó a favor del primero.
- JUAN DAVID SANTIAGO GALLO CAMPOS, 50% de la prestación del 01 de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2009, pues SANTIAGO GALLO CAMPOS ingresó nuevamente a estudiar el 01 de enero de 2010.
- JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS, 25% de la prestación del 01 de enero de 2010 al 10 de septiembre de 2012, pues el primero cumplió la mayoría de edad el 11 de septiembre de 2012, por lo que a partir de tal data se acrecentó el derecho a su hermano.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.
Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

- SANTIAGO GALLO CAMPOS, 50% de la prestación del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 2012, pues hay constancia de estudios hasta la última fecha.
- A partir del 01 de enero de 2013 al no existir hijos beneficiarios la prestación se debió acrecentar en su madre, no obstante, ello no fue objeto de pretensión.

Corolario de lo anterior, conforme las operaciones aritméticas de rigor, se deben pagar las siguientes sumas, las que se calcularon descontando únicamente los periodos que ya fueron reconocidos por parte de la entidad demandada, no siendo así con los valores pagados a favor de ANA ILSE CAMPOS DE GALLO, pues su pensión desde el momento que sus hijos dejaron de ser beneficiarios se debieron acrecentar, así como tampoco los tiempos en que no estudió algún hijo, pues ello sólo conllevaría a que acrezca la mesada de alguno de sus hermanos, como se sentó en precedencia:

RETROACTIVO									
AÑO	VALOR PENSIÓN	REAJUSTE	50%	PROPORCIÓN 1/3	PROPORCIÓN 1/2	MESADAS	TOTAL	MESADAS	SUBTOTAL
1.995	\$ 370.100,26	19,46%	\$185.050,13	\$ 61.683,38		12,27	\$ 756.649,42		
1.996	\$ 442.121,77	21,63%	\$221.060,89	\$ 73.686,96		14	\$ 1.031.617,46		
1.997	\$ 537.752,71	17,68%	\$268.876,35	\$ 89.625,45		14	\$ 1.254.756,32		
1.998	\$ 632.827,39	16,70%	\$316.413,69	\$105.471,23		14	\$ 1.476.597,24		
1.999	\$ 738.509,56	9,23%	\$369.254,78	\$123.084,93		14	\$ 1.723.188,98		
2.000	\$ 806.674,00	8,75%	\$403.337,00	\$134.445,67		14	\$ 1.882.239,32		
2.001	\$ 877.257,97	7,65%	\$438.628,98	\$146.209,66		14	\$ 2.046.935,26		
2.002	\$ 944.368,20	6,99%	\$472.184,10	\$157.394,70		14	\$ 2.203.525,81		
2.003	\$1.010.379,54	6,49%	\$505.189,77	\$168.396,59		14	\$ 2.357.552,26		
2.004	\$1.075.953,17	5,50%	\$537.976,59	\$179.325,53		14	\$ 2.510.557,41		
2.005	\$1.135.130,60	4,85%	\$567.565,30	\$189.188,43		14	\$ 2.648.638,06		
2.006	\$1.190.184,43	4,48%	\$595.092,22	\$198.364,07		14	\$ 2.777.097,01		
2.007	\$1.243.504,70	5,69%	\$621.752,35		\$310.876,17	14	\$ 4.352.266,43	7	\$ 4.952.723,52
2.008	\$1.314.260,11	7,67%	\$657.130,06		\$328.565,03	14	\$ 4.599.910,39		
2.009	\$1.415.063,86	2,00%	\$707.531,93		\$353.765,97	7	\$ 2.476.361,76		
2.010	\$1.443.365,14	3,17%	\$721.682,57		\$360.841,29	14	\$ 5.051.777,99		
2.011	\$1.489.119,82	3,73%	\$744.559,91		\$372.279,95	14	\$ 5.211.919,35		
2.012	\$1.544.663,98	2,44%	\$772.331,99		\$386.166,00	9,33	\$ 3.604.215,96	4,67	\$ 3.604.215,96

NICOLÁS GALLO CAMPOS	
RETROACTIVO	\$ 22.669.354,57
DESCUENTO	
TOTAL	\$ 22.669.354,57

JUAN DAVID GALLO CAMPOS	
RETROACTIVO	\$ 50.442.168,22
DESCUENTO	\$ 15.707.194,00
TOTAL	\$ 34.734.974,22

SANTIAGO GALLO CAMPOS	
RETROACTIVO	\$ 47.965.806,46
DESCUENTO	\$ 17.664.797,00
TOTAL	\$ 30.301.009,46

Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que COLPENSIONES debe pagar a favor de NICOLÁS FERNANDO, JUAN DAVID y SANTIAGO GALLOS CAMPOS la tercera parte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.

Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

del 50% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 23 de febrero de 1995 al 31 de diciembre de 2006; que a favor de JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS, COLPENSIONES se debe pagar el 25% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 01 de enero de 2007 al 30 de junio de 2009 y del 01 de enero de 2010 al 10 de septiembre de 2012; que a favor únicamente de JUAN DAVID GALLO CAMPOS se debe pagar un 50% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 01 de julio y el 31 de diciembre de 2009; y que a favor únicamente de SANTIAGO GALLO CAMPOS se debe pagar un 50% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 2012.

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁN los numerales tercero y cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que los valores que debe pagar COLPENSIONES son los siguientes: A favor de JUAN DAVID GALLO CAMPOS, \$34'734.974,22; y SANTIAGO GALLO CAMPOS, \$30'301.009,46. Igualmente, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral cuarto** en cuanto se declaró la excepción de prescripción y se absolvió de todas las pretensiones incoadas por NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPO, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de NICOLÁS FERNDNO GALLO CAMPOS, la suma de \$22'669.354,57.

Intereses Moratorios.

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que sólo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de dos meses de que trata el artículo 1° de la Ley 717 de 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Igualmente, CSJ Rad. 42783 del 13 de junio de 2012, CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020 ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, pese a que en casos

excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (CSJ Rad. 43602 del 06 de noviembre de 2013, CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

Así las cosas, encuentra la Sala que le asiste razón a la A Quo reconocer intereses moratorios desde el 02 de febrero de 2014, dos meses desde la solicitud del 02 de diciembre de 2013, puesto que fue con esta petición que se allegó la documental completa para que se procediera al reconocimiento prestacional; nótese como a través de la Resolución VPB 5496 del 18 de septiembre de 2013 se advirtió de tal situación, y fue por ello que no se procedió a su reconocimiento de forma inmediata sino que se suspendió.

Costas. Agencias en Derecho.

En cuanto a los reparos expuestos por la demandada frente a las costas, y en específico frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta las modificaciones y revocatorias realizadas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que COLPENSIONES debe pagar a favor de NICOLÁS FERNANDO, JUAN DAVID y SANTIAGO GALLOS CAMPOS la tercera parte del 50% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 23 de febrero de 1995 al 31 de diciembre de 2006; que a favor de JUAN DAVID y SANTIAGO GALLO CAMPOS, COLPENSIONES se debe pagar el 25% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 01 de enero de 2007 al 30 de junio de 2009 y del 01 de enero de 2010 al 10 de septiembre de 2012; que a favor únicamente de JUAN DAVID GALLO CAMPOS se debe pagar un 50% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 01 de julio y el 31 de diciembre de 2009; y que a favor únicamente de SANTIAGO GALLO CAMPOS se debe pagar un 50% de la prestación causada con ocasión del fallecimiento del señor José Ignacio Gallo Cabra del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 2012.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que los valores que debe pagar COLPENSIONES a favor de JUAN DAVID GALLO CAMPOS, es la suma de \$34'734.974,22.

TERCERO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que los valores que debe pagar COLPENSIONES a favor de SANTIAGO GALLO CAMPOS, es la suma de \$30'301.009,46. Igualmente, se dispone **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto** de la sentencia, en cuanto se declaró la excepción de prescripción y se absolvió de todas las pretensiones incoadas por NICOLÁS FERNANDO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.

Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

GALLO CAMPO, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de NICOLÁS FERNDNO GALLO CAMPOS, la suma de \$22'669.354,57.

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

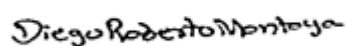
QUINTO. –. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta las modificaciones y revocatorias realizadas en esta instancia.

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

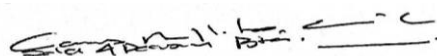
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00337 -01.

Demandante: **NICOLÁS FERNANDO GALLO CAMPOS Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written in a cursive style.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00537 -01.

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PROTECCIÓN S.A. y GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO** contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LEONOR RÍOS RONCANCIO** adelanta contra la primera recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes o bono pensional, en calidad de compañera permanente, desde la fecha del fallecimiento del causante; indexación; e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Carlos Julio Romero Rodríguez cuenta con 1665,57 semanas cotizadas, así como con 61 años al momento de su fallecimiento, 27 de marzo de 2017; **2)** Vivió en unión marital de hecho con el causante desde el 15 de agosto de 2007, no obstante, contrajeron nupcias el 09 de noviembre de 2016; **3)** Era beneficiaria en salud del causante, dependía económicamente de este, vivía

con él en la ciudad de Zipaquirá, fue la persona que acompañó al causante en todo el tratamiento médico previo a su fallecimiento, y era su beneficiaria en el plan de previsión exequial; y **4)** Solicitó pensión de sobrevivientes, empero, le fue negada por cuanto se había presentado a reclamar la prestación GABRIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO, quien fue compañera permanente del actor hasta 2003 y con quien tuvo una hija, Diana Carolina Romero Rojas, quien tiene la edad de 30 años.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Vinculación de Terceros *Ad Excludendum*.

Mediante auto del 04 de abril de 2019 se ordenó la vinculación de **GABRIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO** (archivo 09), quien presentó demanda, pretendiendo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor, intereses moratorios e indexación.

Cimentó sus pretensiones en las siguientes situaciones fácticas: **1)** Convivió con el causante desde 1987, compartiendo techo, lecho y mesa; **2)** Con el causante tuvo una hija., Diana Carolina Romero Rojas; **3)** En virtud de su trabajo como Cocinera de Bar- Restaurante, y debido a la enfermedad del causante, este decidió irse a vivir a Zipaquirá, lugar donde estaba su hogar materno, para que allí le fueran suministrados los correspondientes cuidados; **4)** Junto con su hija visitaban frecuentemente al causante; **5)** Cuando falleció el causante fue su cuñado quien lo llamó para informarle tal noticia, quien además le informó que este había contraído nupcias y que tenía otro hijo; **6)** El exánime siempre cumplió con sus deberes en el hogar, le daba un dinero para pagar su seguridad social; **7)** El 27 de marzo de 2017 falleció el causante; **8)** El 10 de abril de 2017 solicitó pensión de sobrevivientes, empero, a la fecha no ha sido emitida respuesta; **9)** Subsistían con el aportes económico que hacía el causante; y **10)** El exánime nunca le manifestó su deseo de separarse así como tampoco le comentó que había contraído nupcias con la señora Ríos Roncancio.

Igualmente, mediante auto del 07 de noviembre de 2019 se dispuso vincular a **CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS** (archivo 21), quien

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

presentó demanda a través de su madre, Leidy Johana Bustos Cerón, pretendiendo a su favor la pensión de sobrevivientes, indexación, e intereses de mora.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: **1)** Nació el 28 de marzo de 2014, fruto de la relación sentimental que tuvo con Leidy Johana Bustos Cerón; **2)** El 26 de mayo de 2017 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante, únicamente le fue reconocido un 25% de la misma; y **3)** La otra hija del causante, Diana Carolina Romero Rojas tiene 31 años.

2.2. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. (archivos 20 y 27), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que existe un conflicto de beneficiarias, por lo que le corresponde al juez determinar cuál de ellas es acreedora de la pensión de sobrevivientes.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que LEONOR RÍOS RONCANCIO en calidad de cónyuge supérstite es beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Carlos Julio Romero Rodríguez.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a reconocer y pagar a LEONOR RÍOS RONCANCIO, la pensión de sobreviviente a partir del 27 de marzo de 2017, en proporción del 50% de la mesada pensional, retroactivo este que se deberá cancelar de manera indexada.

TERCERO: ACRECENTAR el valor de la mesada pensional que viene percibiendo el menor CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS del 25% al 50%, retroactivo que igualmente deberá cancelarse de manera indexada, al momento del correspondiente pago.

CUARTO: ABSOLVER a **PROTECCIÓN S.A.**, de las demás pretensiones incoadas en el libelo genitor y frente a la tercera excludendum, Graciela del Carmen Rojas.

QUINTO: DECLARAR no probada los medios exceptivos propuestos por la demandada frente a la acción instaurada por Leonor Ríos Roncancio y el menor CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS.

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

SEXTO: DECLARAR probado el medio exceptivo formulado por el extremo pasivo que se denominó, inexistencia de la obligación frente a las pretensiones elevadas por Graciela del Carmen Rojas Bejarano.

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: AUTORIZAR a **PROTECCIÓN S.A.**, para que descuente del retroactivo que le asiste derecho a la demandante y al menor CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes pertinentes, y con destino al sistema de seguridad social en salud.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que al fallecer el causante el 09 de noviembre de 2017, la norma que rige la situación pensional es la Ley 797 de 2003; que el cónyuge separado de hecho debe acreditar cinco años de convivencia, el que podrá ser en cualquier tiempo, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar cinco años de convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante; que del acervo probatorio recolectado, especialmente de las declaraciones extraprocesales allegadas al plenario, es posible determinar que quien convivió durante los últimos cinco años de vida del causante fue LEONOR RÍOS RONCANCIO, quienes informaron que laboraron desde el 2007 y que fue esta quien estuvo pendiente de la convalecencia del causante; que aunado a ello, dichas declaraciones son coincidentes con la documental obrante en el plenario donde se avizora que era LEONOR RÍOS RONCANCIO quien acompañaba al causante a sus citas médicas; que GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO no acreditó acompañar al causante durante los últimos cinco años de vida de este, por demás que señalan que su enfermedad se comenzó a presentar en 2015, pese a que existen constancia que era tratado desde 2012; que por lo anterior, le corresponde el 50% de la pensión a LEONOR RÍOS RONCANCIO, así como se deberá pagar un 25% adicional a CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS por ostentar la condición de hijo menor de edad, y no obrar prueba de otro hijo beneficiario que no hay lugar a intereses moratorios al existir conflicto de beneficiarios, no obstante, se deberá reconocer la prestación debidamente indexada; y que no operó la excepción de prescripción, puesto que se demandó dentro de los tres años siguientes a la reclamación del derecho pensional.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PROTECCIÓN S.A. adujo que si bien existe una certificación de la Fundación Renal de Bogotá existen documentales que desacreditan lo

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

informado en las declaraciones extraprocesales, pues obra certificación de CAFESALUD E.P.S. donde aparece como beneficiaria en salud del causante LEONOR RÍOS RONCANCIO únicamente del 20 de noviembre de 2009 al 30 de noviembre de 2016, fecha que coincide con la declaración de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO y su hija, en el sentido que seis meses antes se fue a vivir a donde su madre, por lo que al momento de su muerte no convivía con persona alguna, por demás que las historias clínicas datan de 2012 a 2014; que la afiliación denominada plan exequial tiene una certificación que es de junio de 2017, y el causante falleció en marzo de tal año; que no existe ningún testigo que permita establecer la real convivencia entre el causante y LEONOR RÍOS RONCANCIO; que el domicilio del actor no coincide con el de la demanda y al hacerse cargo la hermana, coincide con el hecho de que vivía con su madre y su hermana Esperanza; y que al menor CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS ya se le reconoció el 50% de la prestación, y fue en mayo de 2018 con la solicitud elevada por la hija, Diana Romero, que ese porcentaje se disminuyó a un 50%.

Por su parte, **GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO** señaló que no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas al plenario; que la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. no se celebró dentro de los términos que establece dicha norma, por demás que no se dio la oportunidad para escuchar su testimonial; que en el expediente obra documental que da cuenta que el causante vivía en Chía, afiliación a salud, registro civil de nacimiento de Diana Carolina Romero, y de declaración de esta encaminada a establecer el causante siempre estuvo pendiente de ella y de su mamá, que desconocían la convivencia y matrimonio con LEONOR RÍOS RONCANCIO, así como que dichas nupcias fueron contraídas cuando el actor se encontraba en pésimas condiciones de salud; que si bien el juzgador debe fundar su decisión en la libre formación del convencimiento, debe motivar su decisión en criterios objetivos, serios y responsables; y que se ha admitido por parte de la Corte Suprema de Justicia que cuando no se vive bajo el mismo sea dable tener el tiempo de convivencia, siempre que se acredite que hubo un acompañamiento económico y espiritual, lo que se puede colegir del testimonio de la hija de la demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Existe alguna irregularidad en la realización de la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. que permita en esta instancia decretar y practicar los testimonios dejados de recibir ante la juez de primera instancia?, ¿hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de LEONOR RÍOS RONCANCIO y/o GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO como consecuencia del fallecimiento de su compañero permanente, Carlos Julio Romero Rodríguez? y, ¿desde qué fecha debe acrecentarse el porcentaje pensional que le corresponde al menor hijo del causante, CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Audiencia del Artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. y Posibilidad de Ordenar los Testimonios Dejados de Recepcionar en Primera Instancia.

El proceso ordinario laboral establece etapas que deben observadas por cada una de las partes, es así como una vez se presenta demanda, y hay lugar a la contestación de esta, se impone la celebración de las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S.

Ahora bien, la primera norma en mención se establece que en esta audiencia se debe agotar la audiencia de conciliación, se deciden excepciones previas, se efectúa un control de legalidad o saneamiento del litigio, se fija el litigio, y se decretan pruebas; aspectos que fueron evacuados en su totalidad por la *A Quo*. Asimismo, no desconoce la Sala que dicha norma establece que la audiencia se deberá celebrar dentro del término de seis meses, sin embargo, no señala que, ante la falta de observancia de tal tiempo, se daba escuchar testigos que no fueron decretados en esta, ni mucho menos declarar la nulidad de esta, pues tal circunstancia no se encuentra enmarcada dentro de las causales de nulidad que establece el artículo 133 del C.G.P.

Por otra parte, y en lo referente a la posibilidad de ordenar el decreto de los testigos dejados de recepcionar por parte de la *A Quo*, se hace menester recordar que el proceso es un todo lógico ordenado para la consecución de un fin, la sentencia, y en ese orden de ideas requiere necesariamente el desarrollo de una serie de actos en forma ordenada, con el objeto de que las partes sepan en qué momento deben presentar sus peticiones, y el juez pronunciarse sobre ellas. Es así como el principio que garantiza la correcta construcción del proceso es el principio de eventualidad que se concreta en el fenómeno de la preclusión, con lo que se les exige a las partes y al juez, el cumplimiento de obligaciones en el momento oportuno y no, cuando arbitrariamente se quieran realizar, pues es con esto que se dota al proceso de solidez jurídica.

En sentencia SC4263-2020 se explicó que en virtud del principio de eventualidad, cuando se agota un estadio procesal no es posible reabrirlo, puesto que *«la organización de los trámites judiciales reside en la necesidad*

de evitar que los actos procesales puedan ejecutarse a discreción de las partes en cualquier época, porque de ser así habría desmedro para los derechos del debido proceso y la defensa, de los cuales hace parte el principio de preclusión o eventualidad, bajo cuyo significado para su validez y eficacia dichos actos deben efectuarse en el tiempo permitido, so pena de ser intempestivos, pues las etapas procesales acontecen en forma sucesiva y ordenada, de manera que rebasada una, queda cerrada para dar paso a la siguiente, sin poderse retrotraer la actuación, en atención a la necesidad de mantener la seguridad y certeza que reclama la administración de justicia, que con particular énfasis tiene lugar cuando se trata de la ejecutoria de las providencias». (AC2206, 4 abr. 2017, rad. n° 2017-00264; reiterado AC6255, 22 sep. 2017, rad. n.° 2017-02286-00).

Bajo tal derrotero, encontramos que el momento procesal oportuno para solicitar impugnar la decisión de la A Quo de no de practicar los testimonios solicitados y decretados a favor de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO ante su inasistencia a la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., fue en el momento en que se precluyó la oportunidad para recepcionar tales declaraciones; no obstante, y contrario a ello, la apoderada de tal demandante espero hasta que se profiriera sentencia para manifestar sus respectivas inconformidades, momento en el que claramente la oportunidad para apelar tal decisión había precluido, pues recuérdese que de conformidad con el 4° del artículo 65 *ejusdem* es apelable el auto “que niegue el decreto o la práctica de una prueba”, por demás que el artículo 317 del C.G.P. dispone que “La parte que haya solicitado el testimonio deberá procurar la comparecencia del testigo”.

En consecuencia, no es dable ordenar la práctica de los testimonios que pretende la apoderada de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO sean de escuchados en esta

Pensión de Sobrevivientes a Favor de Compañeras Permanentes.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha

estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Carlos Julio Romero Rodríguez -27 de marzo de 2017- (fl. 91 del archivo 05), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Frente a dicha providencia, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora SU-149 de 2021 estableció que la interpretación dada por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva y que el precedente aplicable en la materia, era la Sentencia SU-428 de 2016, cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

Por su parte, CSJ SL4318-2021 dio cumplimiento a las orden impartida mediante sentencia SU-149 de 2021, advirtiéndose en las aclaraciones de voto que la providencia se profirió única y exclusivamente en acatamiento de lo dispuesto en dicho fallo; que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335- 2008 y C-539-2011);

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

mientras que las sentencias de tutela, aunque también tiene fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU- 611 de 2017).

Agregó que, por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la H. Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario rememorar que CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016 ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Romero Rodríguez falleció ostentando el estatus de afiliado, y que tanto LEONOR RÍOS RONCANCIO como GABRIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO alegan la calidad de compañera permanente, por lo que debía acreditarse por lo menos cinco años de convivencia antes del fallecimiento del causante.

En lo que respecta a LEONOR RÍOS RONCANCIO, se encuentra en la prueba documental, declaraciones extraprocesales rendidas por María Virginia Rodríguez de Romero, Esperanza y Alfonso Romero Rodríguez, Dora Lilia Rodríguez Ortiz, María Cristina Contreras Camacho, quienes manifestaron que dicha demandante y el señor Carlos Julio Romero Rodríguez convivieron desde el 15 de agosto de 2007 hasta el día de su

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

fallecimiento, que fue aquella quien acompañó al causante en su enfermedad, vivían bajo el mismo techo, y que dependía económicamente del él (fls. 92 a 104 de archivo 05).

En cuanto al valor probatorio de dichas declaraciones habrá de rememorarse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación no se requirió por ninguna de las partes, pueden ser valoradas en el sentido aludido por la H. Corte Suprema de Justicia.

De esta manera, se encuentra acreditado con tales declaraciones que entre LEONOR RÍOS RONCANCIO y el señor Carlos Julio Romero Rodríguez que existió una convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de este, sin que se observe que ninguna documental logre derruir tal circunstancia, pues por el contrario se encuentra que el 09 de noviembre de 2016 contrajeron nupcias, que esta fue su beneficiaria en salud, y que quien fungía como acompañante en sus citas médicas era tal demandante, por demás que se denota su acompañamiento en su última hospitalización como la del 24 y 25 de marzo de 2017, por lo que no le asiste razón a la apoderada de PROTECCIÓN S.A. que únicamente fue por el periodo 2012 a 2014 (fls. 9, 23 a 90 del archivo 05)

En este punto, se aclara que, si bien LEONOR RÍOS RONCANCIO aparece como beneficiaria en salud del causante hasta al 30 de noviembre de 2016, ello no implica *per se* la ruptura de tal convivencia, pues para ello sería necesario desplegar una actividad probatoria más ardua, siendo insuficiente para ello, lo expuesto en la declaración de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO y su hija, Diana Carolina Romero Rojas, pues si bien aducen que el causante estaba viviendo con su madre, lo cierto es que también manifiestan que únicamente podían visitar al causante cuando este lo permitía, por lo que por el sólo hecho de verse con ella en casa de su

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

madre, no implicaba de forma alguna que su convivencia con LEONOR RÍOS RONCANCIO se hubiera disuelto; mismo razonamiento que acaece con el plan exequial visible a folios 105 y 106 del archivo 05, pues si bien se aduce que la afiliación es del 29 de junio de 2017, fecha incluso posterior al deceso del causante, ello tampoco permite determinar que no hubiera existido ningún tipo de convivencia.

En consecuencia, se considera acertado el reconocimiento prestacional efectuado a LEONOR RÍOS RONCANCIO, y la Sala procede a verificar si hay lugar al pago de la pensión de sobrevivientes en cabeza de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO.

Sobre el tópico, se allega un carnet que da cuenta de una afiliación por parte del causante, sin embargo, tal documento no señala a qué tipo de afiliación se refiere ni a qué tiempo; declaración efectuada por dicha demandante donde señalaba que era compañera permanente del causante desde hace 16 años, empero, además que data del 05 de febrero de 2002, fecha muy anterior a los cinco años previos al fallecimiento del exánime que se debían acreditar por dicha demandante, es una prueba constituida por esta misma parte; mismo razonamiento que se confecciona frente a los contratos de arrendamiento de vivienda urbana del causante pues tienen como calenda el 19 de octubre de 2005 y 07 de abril de 2007, el registro civil de nacimiento de su hija Diana Carolina Romero Rojas quien nació el 15 de julio de 1988, fotos que datan presuntamente de 1989, 1990 y 1993 (fls. 11 a 28 del archivo 017).

De igual manera, resulta insuficiente la certificación expedida por Tito Antonio Jiménez Jiménez, pues además que no fue efectuada ante Notario ni se hizo bajo la gravedad de juramento, no establece condiciones de modo, tiempo y lugar de la convivencia que se aduce acaeció con el causante entre este y la señora GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO (fl.20 del archivo 017), máxime si se tiene en cuenta que tanto tal demandante como su hija, Diana Carolina Romero Rojas, al momento de rendir sus respectivas declaraciones adujeron que el causante se fue a vivir a la ciudad de Zipaquirá con su madre, por lo que, no existió un convivencia real y efectiva durante los últimos cinco años de vida del causante, aclarándose que si bien

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

en criterio de la H. Corte Suprema de Justicia es posible acreditar cinco años de convivencia en cualquier tiempo cuando exista una separación de hecho, esto únicamente resulta aplicable para la cónyuge; mismas razones por lo que no es dable dar credibilidad a las declaraciones extraprocesales visibles a folios 54 a 56 del archivo 20 por parte de Pilar Palacio Quintana, Gonzalo Cogua Romero, y Javier Roberto Fonseca Castañeda.

Lo dicho cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta escapa de las reglas de experiencia y de la sana crítica que tanto una compañera permanente como su hija no estén al pendiente de la situación de salud, y del cuidado permanente de su esposo y padre, respectivamente, cuando este padece de una enfermedad tan gravosa como un cáncer, y la vigilancia y esmero que esta patología representa en las personas que están a su alrededor.

Por ende, se considera acertada la decisión de la *A Quo* de no reconocer a favor de esta, ningún porcentaje prestacional y, en consecuencia, se procede a verificar desde que fecha se debe acrecentar en un porcentaje del 50% el valor que se le reconoció al hijo y menor de edad del causante, CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS.

Al respecto, se avizora que según comunicación del 08 de mayo de 2018 se reconoció la prestación a favor de CARLOS JERONIMO MORENO BUSTOS desde el 27 de marzo de 2017 en un porcentaje equivalente al 25% de la prestación, puesto que estaba en reserva el restante porcentaje (fls. 15 y 16 del archivo 20), pues se presentó a reclamar Diana Carolina Rojas Romero, quien también ostentaba la calidad de hija del causante, por lo que, al no demandar y tener a la fecha del fallecimiento del exánime la edad de 28 años, 8 meses, y 13 días (fl.14 del archivo 17), se considera que se debió conceder desde el 27 de marzo de 2017 a favor de CARLOS JERONIMO MORENO la pensión en un porcentaje de un 50% al ostentar la calidad de hijo; mismo valor que se le deberá pagar hasta que cumpla la edad de 18 años, o de 25 años siempre y cuando acredite estudios.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00537 -01.

Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00537 -01.
Demandante: **LEONOR RÍOS RONCANCIO.**
Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de GRACIELA DEL CARMEN ROJAS BEJARANO, y de \$750.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00602 -01.

Demandante: **JAVIER ENRIQUE ROJAS NAVARRO.**

Demandado: **PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JAVIER ENRIQUE ROJAS NAVARRO** adelanta contra **PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo del 01 de septiembre de 2017 al 25 de septiembre de 2018; que durante la relación laboral no le pagaron horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales. Como consecuencia de lo anterior, pretende la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, y aportes a seguridad social en pensiones y salud; indemnización por despido indirecto; e indemnización moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar al servicio de la demandada mediante contrato de

Demandante: **JAVIER ENRIQUE ROJAS NAVARRO.**

Demandado: **PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A.**

trabajo a término fijo con una duración inicial de tres meses; duración que se amplió a un año, laborando del 01 de septiembre de 2017 al 01 de septiembre de 2018; **2)** Cumplía funciones de vendedor de muebles de los proyectos de la empresa, lo que realizaba cumpliendo un horario de trabajo de 7:00 A.M. a 10:00 P.M. de lunes a sábado, e inclusive domingos y festivos; **3)** Devengaba \$1'300.000 con auxilio de transporte; **4)** Percibió prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social sin tener en cuenta el tiempo extra laborado; y **5)** Decidió dar por terminado el contrato de trabajo en vista de los incumplimientos de su empleador.

2. Respuesta a la Demanda.

PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A. (fls. 96 a 102), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo, extremos temporales y funciones del actor.

Expuso que el demandante era un trabajo de dirección, manejo y confianza, razón por la que no se causaron horas extras; que en el reglamento de trabajo se establece el pago de horas extras sólo cuando la gerencia de cada una de las áreas los trabajadores lo autorice; y que el demandante no era un analfabeta para que no pudiera comprender que era un trabajador de dirección, manejo y confianza.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor como trabajador, y PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCIA S.A., como empleadora, existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 1° de septiembre de 2017 y el 25 de septiembre de 2018, el cual terminó por decisión de trabajador.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de cobro de lo no debido en relación al trabajo suplementario reclamado. DECLARAR PROBADA la de buena fe, frente a la sanción moratoria pretendida, y DECLARAR NO PROBADA la de prescripción.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00602 -01.

Demandante: **JAVIER ENRIQUE ROJAS NAVARRO.**

Demandado: **PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A.**

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la suma de \$1'612.750, a título de trabajo suplementario y dominicales laborados.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante, por concepto de reliquidación de acreencias sociales los siguientes valores: a) \$279.908 por auxilio de cesantía; b) \$24.725 por intereses de cesantías; c) \$121.272 por prima de servicios; y d) \$245.729 por compensación o reajuste de vacaciones.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagar al Fondo de pensiones y al régimen pensional al que se encuentra afiliado el demandante el reajuste de los aportes a pensión, teniendo en cuenta el ingreso base de cotización ya mencionado entre el 1° de septiembre de 2017 y el 25 de septiembre de 2018. En este punto se menciona que el ingreso base de cotización que se determina para efectos de claridad de la parte resolutive, \$2'332.173, teniendo en cuenta que la demanda efectuó los aportes a pensión sobre un valor distinto.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según lo analizado en precedencia.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS procesales a la demandada, en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho por valor de \$800.000 M/Cte.

ACLARACIÓN: En este punto de la audiencia, el Despacho considera necesario hacer una aclaración respecto de la corrección del ingreso base de cotización para los aportes a pensión, teniendo en cuenta que finalmente el valor que se mencionado no resulta correcto dado que la demanda efectuó unos aportes con base en un ingreso base de liquidación y lo que se ordena es un reajuste. El promedio entonces mensual con el que debe ajustarse el ingreso base de cotización es de \$166.105, pues debemos tener en cuenta que la demandada a su vez hizo cotizaciones para algunos periodos por lo menos de \$2'166.068. Para arribar a la anterior decisión, señaló que

Para arribar a la anterior decisión se expuso que el cargo de Asesor Comercial que desempeñó el demandante no es dable tener como de dirección, manejo y confianza, como quiera que el demandante no efectuaba funciones de administración, representación, así como tampoco se trataba de un intermediario, pues sus funciones giraban en torno a la atención de clientes, ventas, programación de citas, recolectar firmas, vincular fiduciarias, entre otras similares; que se debía solicitar de forma clara y concreta los días en que se laboró tiempo extra, lo que si bien no se cumplió por parte del demandante, al darse contestación a la demanda se allegó el registro biométrico de entrada y salida del actor, evidenciándose que durante el tiempo que perduró el contrato de trabajo, este laboró tiempo suplementario y dominicales; que se debe pagar el valor de las horas extras y dominicales acreditadas, así como se debieron incluir estos como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones; que no hay lugar a sanción moratoria, como quiera que no se está frente a una omisión en el pago de prestaciones sociales, pagó lo que consideraba deber; y que no es dable reconocer

indemnización por despido indirecto, puesto que en la carta de renuncia no se estableció ningún tipo de incumplimiento por parte del empleador ni se invocó una justa causa para disolver el nexo contractual; y que no operó prescripción, puesto que se demandó dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato de trabajo.

4. Argumentos de los Recurrentes.

La **parte actora** manifestó que por la falta de pago oportuno de horas extras y del valor de prestaciones sociales es dable el reconocimiento de indemnización moratoria conforme lo dispuesto por el artículo 65 del C.S.T.

Por su parte, el apoderado de **PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A.** adujo que en el desempeño del cargo de Asesor Comercial que ejercía el actor era muy fácil que el trabajador se quedara por la confianza en la empresa hasta horas de la noche sin que nadie lo supervisara, pese a que tenía una jornada de 9:00 A.M. a 5:30 P.M., no tenía nada que hacer en la oficina en un horario distinto; que era fácil que el trabajador marcar ese biométrico pese a que realmente no hacía labores concernientes a la actividad que realizaba, puesto que este tenía plena libertad de entrar y salir de la empresa; que lo anterior constituye un abuso del derecho, pues tenía línea directa con su empleador, porque se podía solicitar la posibilidad de laborar tal tiempo; y que aun cuando un trabajador no es dirección, manejo y confianza se debe pagar dominicales y festivos, sin embargo, estos rubros fueron debidamente reconocidos al trabajador incluyéndose en su correspondiente salario, pues así fue pactado entre las partes y sobre la cual no hubo ningún tipo de reproche por parte del trabajador.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes: ¿es posible considerar al trabajador de dirección, manejo y confianza?, ¿es dable ordenar el reconocimiento de horas extras y dominicales y, en consecuencia reliquidar prestaciones sociales y vacaciones?, y ¿es factible ordenar sanción moratoria?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Trabajadores de Dirección, Confianza y Manejo. Pago de Horas Extras y Dominicales.

El literal a) del artículo 32 del C.S.T. explica precisa los trabajadores de dirección son aquellos que ejecutan funciones como representantes del empleador, es decir, directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleado.

En ese sentido los cargos de dirección se caracterizan porque quienes lo desempeñan actúan en función no simplemente ejecutiva sino conceptiva, orgánica y coordinativa, a diferencia del trabajador ordinario que no se lleva a cabo sino su propia representación, además ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario y dentro de la órbita de la delegación y pueden obligar a su empleador, están dotados de poder discrecional de

autodecisión cuya limitación depende de la escala jerárquica, son elementos de coordinación o enlace (T.S. 15 de octubre de 1942 y 01 de junio de 1954-G.J. 13 de agosto de 1958, LXXXVIII, 905).

De manera más reciente, CSJ SL1061-2021, estableció que para ostentar un cargo de dirección, manejo y confianza, el trabajador debe tener un grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa. Aunado a ello, ha sido clara la jurisprudencia de esta Corporación, quien de antaño ha señalado que la calidad de trabajador de dirección manejo y confianza no se adquiere por su sola estipulación, pues depende de si las funciones asignadas al trabajador se adecuan a tal concepto, vale decir, que el único factor determinante radica en la realidad del cargo, en el contenido del mismo, es así como las cláusulas que se pacten en tal sentido son en sí mismas, superfluas e inútiles y, por ende, ineficaces por su propia naturaleza. El trabajador de dirección confianza y manejo no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino en razón de la índole de sus funciones (CSJ SL 14 de marzo de 1989, Rad. 2.189).

Ahora bien, en tratándose de cargos que exigen un especial compromiso del trabajador y que imponen reserva, prudencia, y precaución y que por ende, indican un personal compromiso por parte del trabajador, ha dicho CSJ SL38783-2011 que tal circunstancia no necesariamente son características indicativas de que se trate de un trabajador de dirección confianza o manejo, pues ello tiene más relación con las condiciones en que se desempeña la labor, por el especial grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa.

Igualmente, es menester tener presente que conforme al artículo 162 del C.S.T. los trabajadores de dirección, confianza y manejo están excluidos de la jornada máxima legal, sin que pueda entenderse incluido de ninguna manera dominicales y festivos, tal y como lo dispuso CSJ SL6738-2016.

Sentados los anteriores presupuestos, encontramos que el 01 de septiembre de 2017 el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de Asesor Comercial, señalándose que por el cumplimiento de tal rol

ostentaba la condición de trabajador de manejo y confianza (fls. 8 a 22). Asimismo, se arrimó la descripción del aludido cargo señalándose que sus funciones eran las de atender clientes; elaborar la cotización al cliente; realizar y enviar informe semanal de visitas,; organizar carpeta inicial del cliente; generar el dígito de verificación que usará el cliente para la consignación de sus abonos; generar y programar citas para toma de forma de clientes, entregar a clientes carta de instrucciones, aclaraciones, planos de distribución, recolectar firmar de representantes legales remiendo a fiduciaria, constructora y acreedor vinculado; atender al cliente para firma y recolección de documentos preventiva; vincular a la fiduciaria e incluir el número de encargo fiduciario al sistema; entre otras similares (fls. 25 a 30).

Igualmente, en dicho documento se observa la jerarquía del trabajador en la empresa, evidenciándose incluso que ocupa uno de los cargos con menor grado dentro de la jerarquía de la empresa.

En tales condiciones, no es dable considerar que el demandante ostentaba un cargo de dirección, confianza y manejo, pues sus funciones no estaban encaminadas a representar los intereses del empleador dentro del manejo de la empresa, no hacía parte de una escara orgánica y coordinativa de esta, no ocupaba una posición especial dentro de la jerarquía en la empresa, no se observa que tuviera algún tipo de facultad disciplinarias o de mando sobre el personal ordinario ni que tuviera poder de delegación.

Lo anterior, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta lo señalado por el representante legal de la empresa quien informó en interrogatorio de parte que el demandante no estaba facultado para tomar decisiones de tipo administrativo, lo que también es dable colegir del dicho de las testigos Adriana Eugenia Márquez Calle, Johana Andrea Aldana Moreno, y Margarita Ruth Bonilla Triviño, quienes además adujeron que el actor no intervenía en la ejecución de planes económicos de la empresa, no ejecutaba presupuesto ni contrataba personal.

Por tanto, al no estar acreditado que el demandante en la realidad fuera un trabajador de dirección, manejo y confianza, es claro que tenía derecho a horas extras y dominicales, tal y como lo dispuso el *A Quo*.

Horas Extras y Dominicales.

Al respecto, sea lo primero advertir que el artículo 161 del C.S.T. establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas al día y 48 a la semana.

Por parte, CSJ Rad. 31637 del 15 de julio de 2008, y CSJ SL3009-2017, ha explicado que las horas extras, dominicales y festivos laborados, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

En el plenario se acreditó con el reporte biométrico por colaborador visible a folios 192 a 198 el tiempo y los días en que el trabajador prestó sus servicios a su empleador, sin embargo, conforme a lo dispuesto por CSJ SL1225-2019 tal registro es insuficiente para determinar la causación de horas extras y dominicales; recuérdese que para que haya lugar a estas deben encontrarse plenamente acreditados los siguientes supuestos:(a) La permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal; (b) La cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas; y (c) Las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido, deben estar dedicados a las labores propias del trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.

En sentencia CSJ SL9318-2016 se adujo

“Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia”.

Además, según CSJ SL8675-2017 *«No es posible [...], que deba ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una [...].»*.

Así las cosas, y como quiera que con el registro biométrico no se tiene certeza que las presuntas horas extras laborados por el demandante fueron consentidas por el empleador y, que en dicho tiempo no se prestaron cualquier otro tipo de actividades.

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta los testimonios de Adriana Márquez, Johana Andrea Aldana Moreno, y Margarita Ruth Bonilla Triviño quienes, si bien manifestaron que con el control biométrico se controlaba ingresos y salidas, mencionan que no tenía como finalidad verificar asistencia, que la decisión de quedarse era de los mismos trabajadores, que no eran obligados a trabajar más tiempo, y que la entrada del demandante en horarios diferentes era por la confianza que se le tenía, y porque tenía a cargo llaves, lo que no era controlado por la empresa.

En tales condiciones, no queda otro camino que **REVOCAR** la sentencia, y en su lugar, ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; por sustracción de materia la Sala se abstendrá de estudiar el recurso de apelación pues pendía de la prosperidad de estas pretensiones.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A. de todas las pretensiones incoadas por JAVIER ENRIQUE ROJAS NAVARRO.

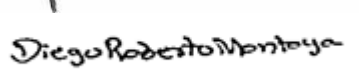
SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

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

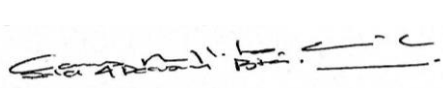
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPA PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00602 -01.

Demandante: **JAVIER ENRIQUE ROJAS NAVARRO.**

Demandado: **PROMOTORA DE PROYECTOS ANDALUCÍA S.A.**

AUTO

Se señalan a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$350.000.

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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00625 -01.

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

Téngase como **apoderada sustituta** de COLPENSIONES a la Dra. LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR identificada con la C.C. 1.073.680.314 del Soacha y T.P. 215.205 del C.S. de la j, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Por otra parte, observa la Sala que en audiencia del 10 de octubre de 2022 el Juzgado de Conocimiento condenó a CEMEX COLOMBIA S.A. y a COLPENSIONES, interponiéndose recurso de apelación por parte de los apoderados de estas

Al respecto, observa la Sala que el 28 de abril de 2023 se remitió correo electrónico a la secretaría de la Sala Laboral de este Tribunal, mediante el cual se arrió memorial suscrito por el apoderado de CEMEX COLOMBIA S.A. informando acerca del desistimiento de su apelación (archivo 06 carpeta segunda instancia).

En cuanto al desistimiento, el artículo 316 del C.G.P. establece:

“Artículo 316. Desistimiento de ciertos actos procesales: Las partes podrán **desistir de los recursos interpuestos** y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. Cuando se haga por fuera de audiencia, el escrito se presentará ante el secretario del juez de conocimiento si el expediente o las copias para dicho recurso no se han remitido al superior, o ante el secretario de este en el caso contrario”.

Así las cosas, y dado que el desistimiento allegado por el apoderado CEMEX COLOMBIA S.A. se encuentra de conformidad con la norma en cita, se dispone **ACEPTAR EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN** presentado por el apoderado de CEMEX COLOMBIA S.A. contra la sentencia proferida en audiencia del 10 de octubre de 2022.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 10 de octubre de 2022, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA dentro del proceso ordinario laboral que **ALIRIO DIMAS** adelanta contra **CEMEX COLOMBIA S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 08 de junio de 1963 al 15 de junio de 1973 con CEMEX COLOMBIA S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que dicha empresa asuma el pago de sus aportes a pensión durante el tiempo que laboró mediante cálculo actuarial, y que COLPENSIONES corrija su historia laboral y reconozca y pague una pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición desde el 01 de enero de 2006 e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 08 de julio de 1963 ingresó a laborar al servicio de la Compañía de Cementos Portland Diamante S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A. mediante contrato de aprendizaje; empresa en la que laboró hasta el 15 de junio de 1973; **2)** El 16 de diciembre de 2008 solicitó su pensión de vejez, sin

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

embargo esta se negó mediante Resolución N° 20737 del 18 de mayo de 2009; **3)** Estuvo vinculado al Fondo de Solidaridad Pensional en el Régimen Subsidiado de Pensión como trabajador independiente urbano desde el 01 de septiembre de 2010 al 01 de febrero de 2011; **4)** El 18 de febrero de 2016 solicitó a CEMEX COLOMBIA S.A. certificación laboral de los tiempos que laboró, y la constancia de pago de aportes; no obstante, adujo que durante el tiempo que estuvo vinculado tal empresa no fue llamada a pagar aportes a pensión; **5)** El 27 de septiembre de 2017 eleva nuevo derecho de petición a COLPENSIONES, pero no hubo pronunciamiento de fondo, así como se hizo caso omiso a los tiempos que laboró en CEMEX COLOMBIA S.A.; **6)** Acumula 1446,57 semanas; **7)** Radicó tutela pretendiendo el reconocimiento pensional, pero fue negada por cuanto existían otros medios para su reclamación; **8)** Mediante Resolución SUB 85485 del 09 de abril de 2019 se negó la pensión por parte de COLPENSIONES; decisión frente a la que se interpuso los recursos de ley, empero se confirmó la decisión inicial a través de las Resoluciones SUB 126616 del 21 de mayo de 2019 y OPE 4517 del 14 de junio de 2019; y **9)** Nació el 31 de diciembre de 1945.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó los tiempos laborados que se reflejan en la historia laboral del actor; las solicitudes que presentó ante COLPENSIONES y las respuestas que emitió; y la fecha de nacimiento del actor.

Adujo que no le consta la relación laboral que el demandante pudo tener con CEMEX COLOMBIA S.A.; que en caso de ausencia de cotizaciones por parte de tal empleador, se deberá pagar el correspondiente cálculo actuarial a fin de que los tiempos laborados puedan ser contabilizados por la entidad; y que no se acreditan los requisitos para ser beneficiario de una pensión de conformidad con el régimen de transición o la Ley 100 de 1993.

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

Por su parte, **CEMEX COLOMBIA S.A.** también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de la relación laboral con el demandante y los extremos temporales.

Manifestó que para la época en que el demandante laboró a su servicio no existía en su cabeza la obligación legal de efectuar cotizaciones al I.S.S., así como tampoco de realizar ningún tipo de aprovisionamiento para tal efecto; y que el I.S.S. el Municipio de Apulo sólo entró en funcionamiento el 01 de abril de 1994.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que, entre el demandante y CEMEX COLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 08 de junio de 1963 hasta el 15 de junio de 1973.

SEGUNDO: CONDENAR a CEMEX COLOMBIA S.A. a reconocer y pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial a favor del demandante, correspondiente al 08 de junio de 1963 hasta el 15 de junio de 1973, para ello, se ordena a la empresa demandada, que allegue en el término de 15 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la decisión y con destino a COLPENSIONES los documentos que demuestren los salarios percibidos para establecer el cálculo del I.B.C. y así determinar el respectivo cálculo actuarial, es decir la información relacionada con la historia laboral del demandante para el periodo laborado antes citado, para lo cual, se debe tener en cuenta el último salario a la fecha en que se terminó el vínculo o hasta cuando hubo la omisión teniendo en cuenta la categoría máxima asegurable del I.S.S. dependiendo del salario en los términos del Decreto 1887 de 1994.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial a favor del demandante correspondiente al 08 de junio de 1963 hasta el 15 de junio de 1973, a cargo de CEMEX COLOMBIA S.A., una vez sean aportados los documentos ordenados a la empresa demandada.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 01 de febrero de 2014, la cual deberá ser liquidada por la demandada en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, por 14 mesadas pensionales al año, y que deberá ser incrementada, año por año, en los términos dispuesto por el gobierno nacional.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional causado desde el 16 de enero de 2016 y hasta cuando se haga el pago efectivo del mismo, manteniendo dicha obligación hasta cuando subsistan las causas que dieron origen a la prestación. Así mismo, se autoriza a COLPENSIONES a descontar los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, del retroactivo reconocido, conforme la parte motiva de la providencia.

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios, de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde el 16 de mayo de 2016 y hasta cuando se efectuó el pago del retroactivo pensional objeto de condena.

SÉPTIMO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, respecto del retroactivo pensional causado entre el 01 de febrero de 2014 y el 15 de enero de 2016, conforme la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a CEMEX DE COLOMBIA S.A. a la suma de \$3.000.000, y a cargo de COLPENSIONES en la suma única de \$1.000.000 y a favor del demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se encuentra acreditado que el actor laboró para CEMEX COLOMBIA S.A. entre el 08 de junio de 1963 y el 15 de junio de 1973; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia era deber del empleador efectuar los correspondientes aprovisionamientos económicos para que se pudieran pagar los aportes a pensión por el tiempo laborado por el actor, por demás que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores; que no es dable aplicar la sentencia T-281 de 2020, pues esta sólo tiene efectos *inter partes*; que por lo anterior, es dable condenar a CEMEX COLOMBIA S.A. a pagar el respectivo cálculo actuarial para lo que deberá aportar documentos donde se establezca los salarios del actor; que los tiempos laborados al Instituto Colombiano de Construcciones Escolares y la Contraloría de Cundinamarca, deberán ser tenidos en cuenta por COLPENSIONES para consolidar los derechos pensionales del actor, pues se estos se encuentran debidamente certificados a través de formatos CLEBP; que el actor es beneficiario del régimen de transición pues contaba con más de 40 años al 01 de abril de 1994, fecha para la que el demandante contaba con 1117 semanas; que es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, norma que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados; que lo dicho, por cuanto el actor alcanzó la edad el 31 de diciembre de 2005 y más de 1000 semanas cotizadas; que el demandante cuenta con más de 1250 semanas, de modo que la tasa de reemplazo que le resulta aplicable es del 90% y la pensión se debe liquidar teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en los últimos diez años o los aportes de toda la vida laboral, según resulte más favorable; que la prestación se debe reconocer desde el 01 de febrero de 2014, puesto que se hicieron cotizaciones hasta el mes anterior, lo que permite establecer su deseo desafiliarse desde tal calenda; que es dable aplicar intereses moratorios, ya que estos se aplican de forma automática; y que no opera la excepción de prescripción, dado que el cálculo actuarial es imprescriptible,

no siendo así con las mesadas pensionales pues sólo se reclamó el 16 de enero de 2019, por lo que se vieron afectadas las causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2016.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES dijo que CEMEX COLOMBIA S.A. no se encontraba en la obligación de cotizar para los periodos en el que el actor laboró a su favor, por lo que en tal sentido el cálculo actuarial que se realice tiene que estar de conformidad con el artículo 38 del Decreto 3041 de 1996 y el artículo 17 de la Ley 100 de 1993; que es la administradora en conjunto con el empleador quien tiene el deber de efectuar el correspondiente cálculo actuarial en consonancia con el Decreto 1887 de 1994, carga que esté en cabeza únicamente del empleador; que dentro de lo reportado, el demandante no acredita 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni 1000 semanas de cotización a 2014; que sólo con el pago del cálculo actuarial, y la actualización de los tiempos se podría computar los tiempos y reconocer la pensión; que no es dable reconocer intereses moratorios, puesto que el actor a la fecha no ha cumplido con los requisitos y no se trasladen los tiempos que se adeudan; y que ha actuado con sujeción a la ley por lo que no era factible la condena en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable imponer a CEMEX COLOMBIA S.A. una condena por cálculo actuarial, a su vez que sea COLPENSIONES quien efectué tal cómputo?, ¿hay lugar a reconocer pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990?, ¿la condena por concepto de intereses moratorios se encuentra ajustado a lo dispuesto legal y jurisprudencialmente?, y ¿es factible imponer condena por concepto de costas?

Tesis

Revocar parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

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

Calculo Actuarial. Trabajadores Cemex Colombia S.A.

Pretéritamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse, señalando que los tiempos no subrogados por falta de llamado a inscripción, deben ser computados y tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que en primer lugar el empleador tenía la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, y en segundo lugar, por cuanto tales tiempos tienen incidencia jurídica frente al Sistema General de Pensiones, en atención a la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social (CSJ Rad. 41745 del 16 de julio de 2014; CSJ SL1356-2019).

De esta manera, el empleador está en la obligación de reconocer el pago del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social por aquellos lapsos en los que el trabajador le sirvió, sin que importe si se había iniciado la cobertura de la afiliación.

En efecto, de conformidad con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, los empleadores tienen la obligación de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró, y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del I.S.S., no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del C.S.T. (CSJ SL2879-2020).

Así mismo, es necesario rememorar que cuando la relación laboral que se alega es anterior a la Ley 100 de 1993, esa situación no exime al empleador del pago del cálculo actuarial porque *“el derecho a la pensión de carácter fundamental, se garantiza sin afectar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones”* (CSJ SL3937-2018 y CSJ SL1720-2022).

En este punto, se hace necesario advertir que si bien en sentencia T-281 de 2020, en aplicación del principio de equidad, se determinó que *“Habida cuenta que las cotizaciones necesarias para que el actor acceda al derecho deben pagarse, a efectos de que la administradora de pensiones encuentre soporte financiero para el reconocimiento de la prestación, ampliando lo dispuesto por la Sentencia T-435 de 2014, se establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época, se aporten 523,57 semanas, de las 596 trabajadas con la accionada, en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946 y 33 del Decreto 3041 de 1966. Con esto, el empleador deberá cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS”*; lo cierto es que dicha sentencia tiene efectos *inter partes*, por lo que en tal sentido no ata a la justicia ordinaria en su especialidad laboral; en consecuencia la Sala se abstendrá de dar aplicación a dicha sentencia, y por el contrario, reitera que se atiene a lo que sobre la

temática ha expuesto la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

El criterio en mención fue adoptado en un proceso de similares connotaciones contra el mismo demandado, CEMEX COLOMBIA S.A. en sentencia CSJ SL2590-2020.

Así las cosas, le asiste razón al *A Quo* al impartir condena por concepto de cálculo actuarial, al haber sido aceptado por parte de CEMEX COLOMBIA S.A. que el demandante estuvo a su servicio entre el 08 de junio de 1963 y el 15 de junio de 1973, y que la razón de la falta de pago era la falta de llamado a inscripción al I.S.S. durante tal lapso; por manera que, en tal sentido la sentencia se confirmará; cálculo actuarial que ciertamente le corresponde ser liquidado a COLPENSIONES, quien es fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante.

Pensión de Vejez. Acuerdo 049 de 1990.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, para quienes en lo relativo a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez se aplicará lo establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora bien, para establecer si alguien es beneficiario del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigor del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014 (CSJ SL1466-2021).

Ahora bien, para ser beneficiario de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, se rememora que de conformidad con el artículo 12 de tal normatividad, es necesario acreditar 60 años para el caso del hombre, 1000 semanas o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

En el *sub examine*, se encuentra acreditado que el demandante nació el 31 de diciembre de 1945 (fl.2 del archivo 03), por lo que al 01 de abril de 1994 tenía 48 años, 3 meses y días, por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición.

Del mismo modo, se avizora que cumplió la edad de 60 años el 31 de diciembre de 2005; no obstante, frente al cómputo de semanas se hace necesario rememorar que si bien la línea de pensamiento del órgano de cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al I.S.S. con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990; dicha postura fue abandonada y se dispuso la posibilidad de computar tiempos públicos con lo cotizado al I.S.S., para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 01 de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de

servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020).

De esta manera, y teniendo en consideración tal precedente, tenemos que la actora acumula los siguientes tiempos:

- CEMEX COLOMBIA VIDA S.A. del 08 de junio de 1963 al 15 de junio de 1973, **523** semanas.
- Ministerio de Educación Nacional del 12 de septiembre de 1974 al 15 de enero de 1977 y del 28 de febrero de 1978 al 10 de marzo de 1985 con 60 días de interrupción, para un total de **471,86** semanas (fl. 18 del archivo 03).
- Contraloría de Cundinamarca del 15 de julio de 1985 al 28 de febrero de 1986, para un total de **32,71** semanas (fl. 20 del archivo 03).
- Cotizadas a COLPENSIONES, **352,14** semanas; no se contabilizan las semanas del 08 de agosto al 24 de septiembre de 1977, pues estas ya se incluyeron en los tiempos contabilizados para el Ministerio de Educación Nacional (archivo 16.1).

Conforme a lo anterior, el demandante ya acreditaba al 28 de febrero de 1986, 1027,57 semanas, por lo que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 alcanzaba más de 750 semanas, de modo que su régimen de transición se extendió hasta el 2014, fecha para la cual acumulaba un total de 1379,71 semanas.

Así las cosas, le asiste razón al A Quo al establecer que COLPENSIONES debe reconocer y pagar una pensión de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, así como que dicha pensión se puede liquidar teniendo en cuenta el promedio de los últimos diez años o de toda la vida laboral, pues se acumuló más de 1250 semanas,

según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; misma razón por la que es dable reconocer la prestación sobre una tasa de reemplazo del 90%, conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la posibilidad de reconocer la prestación sobre catorce mesadas, la Sala MODIFICARÁ el numeral cuarto de la sentencia en cuando se dispuso el reconocimiento de la prestación sobre 14 mesadas, para en su lugar ordenar que se deberán reconocer tal cantidad mesadas si se cumple lo dispuesto en el párrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005; ello, por cuanto, dicho acto legislativo entró en vigencia el 25 de julio de 2005, y el demandante cumplió la edad pensional el 31 de diciembre de 2005, por lo que quedó supeditado a lo dispuesto en el párrafo transitorio 6° de tal normatividad, esto es, que sólo es dable reconocer tal beneficio a las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, aspecto que se desconoce en este punto, pues la prestación se liquidará teniendo como fundamento el promedio de los salarios de los últimos diez años o de toda la vida laboral según resulte más favorable.

Finalmente, y en cuanto a la fecha de reconocimiento de la prestación y la prescripción, es menester advertir que CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016 ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez y/o de jubilación, el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema; sin embargo, de antaño CSJ Rad. Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009, y CSJ SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y la solicitud de reconocimiento de la prestación ; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

En el caso está demostrado que el actor dejó de cotizar desde febrero de 2014, data en la que ya alcanzaba la edad de 60 años, así como más de 1000 semanas, por lo que se considera razonable condenar al pago de la

pensión desde tal calenda; sin embargo, y tal como lo advirtiere el A Quo operó la excepción de **prescripción**, puesto que sólo se reclamó el derecho hasta el 16 de enero de 2019, por lo que, operó la extinción de mesadas desde el mismo día y mes de 2016; por ende, la decisión del A Quo en tal sentido también se considera acertada.

Intereses Moratorios.

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que sólo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de cuatro meses de que trata el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

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

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4480-2020, CSJ SL4811-2020, y CSJ SL2071-2021 señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente, pues como

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

se dijo la petición de pensión con fundamento en la totalidad de tiempos que aquí se estudiaron data del 16 de enero de 2019.

Así las cosas, se **REVOCARÁ el numeral sexto** de la sentencia, y en su lugar, se CONDENARÁ a COLPENSIONES a pagar al actor las mesadas pensionales debidamente indexadas, al verse sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Lo dicho, de conformidad con las sentencias CSJ SL194-2019, CSJ SL3397-2020 y CSJ SL359-2021.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán adecuar teniendo en cuenta la modificación y revocatoria realizada en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, para en su lugar ORDENAR que la pensión de vejez se deberán reconocer sobre 14 mesadas si al momento de efectuarse su liquidación, se avizora que el demandante cumple con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

SEGUNDO. – **REVOCAR el numeral sexto** de la sentencia. En su lugar, se CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de ALIRIO DIMAS las mesadas pensionales objeto de condena debidamente indexadas.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00625 -01.

Demandante: **ALIRIO DIMAS.**

Demandado: **CEMEX COLOMBIA S.A. Y COLPENSIONES.**

CUARTO. -. Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán adecuar teniendo en cuenta la modificación y revocatoria realizada en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00662 -01.

Demandante: **EDMUNDO ORTÍZ POSADA.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

ACEPTAR la renuncia del poder elevada por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ identificado con la C.C. 79.985.203 de Bogotá y T.P. 115.849 del C.S. de la j. como apoderado de AVIANCA S.A. por encontrarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **AVIANCA S.A.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 05 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **EDMUNDO ORTÍZ POSADA** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 18 de agosto de 1980 al 30 de mayo de 2018; y que fue despido unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, pretende el reconocimiento y pago de una

indemnización por despido sin justa causa, actualización monetaria, e intereses comerciales o moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Prestó sus servicios a la demandada del 18 de agosto de 1980 al 30 de mayo de 2018, desempeñando el cargo de Copiloto; **2)** Previo a su despido el 30 de mayo de 2018, fue escuchado en descargos; **3)** El 15 de mayo de 2018 le fue entregado Acuerdo Consensual por valor de \$8'752.428; y **4)** El 19 de abril de 2019 solicitó audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo el 20 de junio del mismo año ante el Ministerio de Trabajo, sin embargo, esta se declaró fallida.

2. Respuesta a la Demanda.

AVIANCA S.A. (fls. 233 a 257 del archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo; la terminación unilateral de la relación laboral por parte de AVIANCA S.A. previo agotamiento de los descargos; y la realización de audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo.

Expuso que el contrato de trabajo entre las partes inició el 29 de enero de 1981, pues previo a ello lo que existía era un contrato de aprendizaje; que el salario del demandante era integral; que se dio por terminado el contrato de trabajo del actor, como quiera que intervino y participó activamente en el cese ilegal adelantado entre el 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017; y que el accionante no se presentó a trabajar entre los días 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31 de octubre de 2017, así como el 10 de noviembre de 2017 sin contar con autorización por parte de la empresa, sin que se justificara las razones de tal incumplimiento.

3. Providencia Recurrida.

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

Demandante: **EDMUNDO ORTÍZ POSADA.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de agosto de 1980 y el 30 de mayo de 2018, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa y de título en el demandante y prescripción propuestas por la demandada.

TERCERO: DECLARAR NO PRÓSPERA la tacha de sospecha propuesta al testigo Jaime Sabogal León.

CUARTO: CONDENAR a AVIANCA S.A., a pagar al demandante la suma de \$562'429.062, por concepto de indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, valor que deberá ser indexado mes a mes, en las condiciones ya señaladas.

QUINTO: ABSOLVER a AVIANCA S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS procesales a AVIANCA S.A., a favor del demandante, en proporción del 80%. En firme esta sentencia, se dispone que por Secretaría se practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$5'000.000 M/Cte

Para arribar a la anterior decisión, señaló que en la liquidación final de prestaciones sociales, la demandada consignó como extremo inicial de la relación laboral el 18 de agosto de 1980, fecha en el que demandante empezó a prestar sus servicios a través de contrato de aprendizaje; que no existió controversia en cuanto a que la relación laboral finiquitó el 30 de mayo de 2018; que el último salario del demandante ascendió a \$14'691.224; que no se encuentra que no se hubiera seguido el trámite convencional para efectuar el despido del demandante, puesto que se acreditaron los términos establecidos en este para la citación a descargos y se le brindó la oportunidad al trabajador de estar acompañado de miembros del sindicato, sin que el demandante manifestara inconformidad frente a la imposibilidad de estos de asistir; que está acreditado que la terminación del contrato de trabajo del demandante fue consecuencia de su ausencia a la empresa entre el 20 y 31 de octubre de 2017, y su participación en el cese de actividades que se llevó a cabo entre el 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017, y que fue declarado ilegal por parte de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral; que en los videos allegados por la demandada no se logra avizorar una participación activa del demandante, pues en uno está sosteniendo un micrófono y manifestando una arenga y, en el otro, no se denota que este ejerciendo una actividad específica, por lo que son insuficientes para verificar la participación activa del trabajador durante los 54 días de cese de actividades; que el juez laboral en cada caso debe verificar

si el trabajador extralimitó su derecho a la huelga, pues estar en reuniones o expresar arengas *per se* no constituye una participación activa, dado que ejercer consecuencias desproporcionadas por parte del empleador podría ir en contravía del derecho fundamental de negociación colectiva; que aunado a lo anterior, de la prueba testimonial se puede colegir que la participación del actor no tuvo propósito lesionar el patrimonio del empleador o incurrir en un acto abusivo en contra de este; que la indemnización por despido sin justa causa se calculara de conformidad con lo estatuido en el parágrafo del artículo 64 del C.S.T., pues para la entrada en vigor de la Ley 789 de 2002, tenía más de diez años de labor; que por las mismas razones, es aplicable el parágrafo transitorio de la Ley 50 de 1990, puesto que al 01 de enero de 1991 contaba con más de diez años de servicios, de modo que, es aplicable lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, es decir, que por el primer año de servicios se debe pagar 45 días de salario, y por los restantes, al tener más de diez años, 30 días; que la sanción se liquidó teniendo en cuenta el salario para liquidación de vacaciones que tuvo el empleador, esto es, \$14'691.224; que por lo anterior, se le adeuda al actor la suma de \$562'429.062; que al verse sometido el anterior valor a depreciación monetaria, hay lugar a ordenar el reconocimiento de tal rubro debidamente indexado; que no es dable condenar por concepto de intereses corrientes y moratorios, pues estos no son aplicables en materia laboral; que no se encontró que el testigo Sabogal León tuviera un afán de favorecer al demandante ni que tuviera un sesgo en favor de este; y que no operó prescripción, puesto que se demandó dentro del término trienal.

4. Argumento de la Recurrente.

AVIANCA S.A. adujo que la sentencia tomada por el A Quo, esto es, la SL1947-2021 no es doctrina probable ni un precedente de obligatorio cumplimiento; que los fundamentos fácticos de la sentencia son completamente diferentes a los que se avizoran en el caso, puesto que se la huelga se declaró ilegal con base en el literal f) del artículo 450 del C.S.T., esto es, por cuanto se limitó a la suspensión pacífica del trabajo, existieron actos violentos, y por ello cobra sentido que la participación activa gire en torno a actos violentos, lo que no aplica en este caso; que las razones que llevaron a la ilegalidad del cese de actividades en el caso de ACDAC giraron

en torno en la falta de aceptación de lo dispuesto por las mayorías al ser un sindicato minoritario y el servicio de los pilotos era público esencial; que la sentencia estuvo en contravía de lo dispuesto en SU-406 de 2016, puesto que se aplicó un precedente de forma general y automática, pues se señala que el actor no incurrió en actos abusivos, violentos o ilegales; que en sentencia SU-432 de 2015 se debe establecer un procedimiento para determinar la participación de sus trabajadores, lo que se efectuó a través de la citación al trabajador, diligencia de descargos, y pruebas; que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la participación activa se ciñe a trabajadores que lideran, promueven u orientan el cese, a diferencia de la pasiva, que se refiere a trabajadores que sólo aceptan la decisión de la mayoría; que en el caso se acreditó que el demandante participó activamente, promovió el cese, hacía arengas, y que esta no fue ajena a su voluntad, pues participaba en votaciones, decidió estar en el cese voluntariamente, jamás se opuso, transmitía su apoyo a las juntas, realizando marchas y promoviendo el cese de múltiples maneras, tomando el micrófono y haciendo arengas a favor de la organización sindical; que los videos hicieron parte de las circunstancias propias del cese de actividades, así como estuvo presente en las diferencias reuniones durante tal cese; que la organización sindical sobrepasó el límite del derecho fundamental de huelga, y estos actos ilegales tienen consecuencias; y que se debe revisar la liquidación de la indemnización realizada por el Despacho, especialmente el salario tomado por este, debiéndose tomar el salario básico garantizado, esto es, \$13'111.843.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible considerar que el actor incurrió en una justa causa de despido al haber participado en el cese de actividades adelantado por ACDAC en 2017?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Despido Sin Justa Causa- Participación en un Cese de Actividades.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa (CSJ SL592 de 2014, CSJ Rad. 431105 y CSJ SL2386-2020).

En el *sub lite*, encontramos que el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación obrante a folios 171 y 172 del archivo 02, en el que se determinó que se finalizaba la relación laboral por las siguientes razones: i) Participación activa en el cese ilegal de actividades adelantado por ACDAC entre el 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017; ii) Declaración de ilegalidad del aludido cese de actividades mediante sentencia del 29 de noviembre de 2017 por parte de la Corte Suprema de

Justicia; iii) Lo anterior, se puede constatar en el material probatorio que obra en el proceso disciplinario; iv) Falta de prestación del servicio en las asignaciones efectuadas para los días 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31 de octubre y 10 de noviembre de 2017 sin contar con ningún tipo de autorización de la empresa; y v) El cese de actividades generó una grave afectación en la operación de la empresa, como reprogramaciones, retrasos, y cancelaciones de vuelos, así como perjuicios administrativos económicos al incurrir en una serie de gastos al tener que asumir tiquetes, alojamientos y alimentos de usuarios.

En ese orden de ideas, es claro que la razón fundante por la que se dio por terminado el contrato de trabajo del demandante giró en torno a una presunta participación activa de este dentro del cese de actividades que se presentó en AVIANCA S.A. entre el 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017.

Al respecto, es menester precisar que la participación en un cese de actividades se efectúa en desarrollo del derecho a la huelga, el que según CSJ SL1680-2020 tiene fundamentos internacionales y nacionales, como lo son los artículos 3° y 10° del Convenio número 87 de la O.I.T.; que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *“ha insistido en que el derecho de huelga es un corolario indisociable de la libertad sindical sin el cual esta no sería más que un recurso retórico, un postulado vacío de contenido”*, de modo que es un medio de acción válido, para que los trabajadores promuevan y ejerzan la defensa de sus intereses; y que dicho privilegio también está respaldado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador.

En Colombia, el aludido derecho se encuentra en el artículo 56 superior, *“que garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales”*, de manera que tal y como lo sostiene CSJ 720-2021, CSJ AL5567-2022 y CSJ SL344-2023 *“es un derecho fundamental de los trabajadores, de titularidad individual, porque ellos, en virtud de su libertad,*

deciden si interrumpen su trabajo y si están o no de acuerdo con un cese de actividades, pero, sin olvidar, que su ejercicio es colectivo”.

En suma, la huelga según CSJ Rad. 42272 del 29 de septiembre de 2009 es entendida como cualquier cese colectivo de labores que incluye la suspensión o paro colectivo de trabajo, de manera que el artículo 379 del C.S.T., modificado por el artículo 7° de la Ley 584 de 2000 le prohíbe a los sindicatos de todo orden, *“e) promover cualesquiera cesaciones o paros en el trabajo, excepto en los casos de huelga declarada conforme con la ley”*

En ese orden de ideas, ha establecido el legislador la posibilidad de definir acerca de la ilegalidad de esta clase de manifestaciones, señalando en el artículo 2° de la Ley 1210 de 2008, que modificó el artículo 451 del C.S.T. que dicha declaración es judicial y que goza de un trámite preferente, siendo competentes, para conocer de esos asuntos, en primera instancia, las Salas Laborales de los Tribunales Superiores, y en segunda instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Del mismo modo, el ejercicio de un cese de actividades conforme a los artículos 51, numeral 7°, y 449 conlleva a tener por suspendidos los contratos de trabajo de aquellas personas que hubieran participado en esta por el tiempo que esta se extiende, de modo que durante dicho lapso el empleador no tiene la obligación de pagar salarios y demás derechos laborales durante ese período (C-1369 de 2000); sin embargo, cuando la manifestación es declarada ilegal por autoridad judicial, el empleador con sujeción al numeral 2° del artículo 450 del C.S.T. *“queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él”,* incluso, trabajadores amparados por fuero sindical.

Sobre el tópico, CSJ Rad. 16661 del 25 de enero de 2002, CSJ Rad. 27640 del 04 de abril de 2006 y CSJ SL7207- 2015 han señalado que es querer del legislador que no se efectuó el despido indiscriminadamente de todos los trabajadores, de tal forma que se vean afectados aquellos que por condiciones ajenas a su voluntad se vieron involucrados en el cese de actividades.

Por su parte, CSJ SL1947-2021 explicó que el numeral 2° del artículo 450 del C.S.T. no preceptuaba, como causa suficiente del despido, el mero hecho de organizar y/o participar en una huelga declarada ilegal, pues en cualquier caso, es necesario analizar la conducta individual del trabajador a efectos de establecer si realizó actos indebidos que no encuentran abrigo en el ordenamiento jurídico; que en cada situación individual es indispensable constatar si hubo excesos o extralimitaciones en su ejercicio, pues, cada trabajador es dueño de la forma en que exterioriza su actividad; que distinguir entre una participación activa y una pasiva, sugiere que pueden ser despedidos aquellos trabajadores que tuvieron una implicación proselitista o un cierto protagonismo o militancia en el inicio y desarrollo de la huelga, labor que es propia de los dirigentes sindicales, luego, entender la participación activa, desde este punto de vista, equivale en la práctica a que pueden ser despedidos los líderes, dirigentes o representantes sindicales, lo cual viola el principio de no discriminación sindical, más aún cuando estos trabajadores por su experiencia, conocimiento, trayectoria y liderazgo dotan de cohesión al sindicato y cumplen una importante función democrática y participativa en los procesos políticos, sociales y económicos del país; que la diferencia entre participación activa y pasiva puede recrear espacios de discriminación sindical y revanchismo contrarios al principio de no sufrir perjuicios por causa de las actividades sindicales (Convenio 98), pues deja en manos del empresario la facultad de seleccionar los trabajadores que considera tuvieron una participación activa y, por esa vía, apartar del medio empresarial a aquellos más militantes o que le parecen “*incómodos*” al tiempo que debilita al sindicato y envía un mensaje intimidatorio sobre el ejercicio de los derechos sindicales; y el ejercicio abusivo del derecho de huelga se traduce en conductas tendientes a ejercer actos delictivos, violencia física, sabotaje, destrucción de archivos y documentos, develación de información confidencial, acciones prohibidas que ponen en riesgo la vida o seguridad de las personas, entre otras conductas que deberán sopesarse según su gravedad.

Conforme a lo anterior, es claro que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha forjado un férrea postura en cuanto a qué tipo de actividades son censurables en un cese actividades con fundamento en los informes presentados por la Comisión de

Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., lo que no se limitó únicamente a los ceses de actividades llevados a cabo con violencia como parece entenderlo la demandada, por el contrario, fijó el alcance y la forma como debía ser interpretado el numeral 2° del artículo 450 del C.S.T., con el fin de garantizar el derecho de huelgo, y con ello el derecho fundamental de la libertad sindical.

En este aspecto, es menester advertir que la imposición de dicho criterio conlleva a que deba ser cumplido y acatado por las autoridades judiciales, pues recuérdese que de conformidad con la sentencia SU- 354 de 2017 constituye precedente *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares”; de modo que, los jueces únicamente pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión; no obstante, la Sala no considera necesario presentar una exposición de motivos para no seguir la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia por cuanto no se observan razones para apartarse de esta- se aclara que el presente se extiende a cualquier decisión tomada por una alta corte (C-335 de 2008, C-816 de 2011, y SU-053 de 2015)-.

Sentados los anteriores presupuestos, en el caso está acreditado que mediante sentencia CSJ SL20094 del 29 de noviembre de 2017, se confirmó la decisión tomada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral mediante la que se declaró ilegal el cese de actividades adelantado por AVIANCA S.A. entre el 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017; providencia que quedó en firme el 14 de febrero de 2018 (fls. 301 a 411 del archivo 02).

De esta manera, y en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 450 del C.S.T. el empleador estaba legitimado para dar por terminado los contratos de trabajo de aquellas personas que hubieren

participado en dicho cese de actividades incurriendo en excesos o extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga.

Al respecto, no encuentra la Sala prueba fidedigna que permita establecer que el demandante incurrió en una extralimitación en el ejercicio de su derecho de huelga, pues si bien los testigos Francisco Antonio Rodríguez, Jaime Sabogal León y Jorge Medina son coincidentes en que el demandante hizo uso de arengas, asistió a reuniones, y participó en marchas durante el cese de actividades, tal circunstancia *per se* no puede considerarse como un exceso en el desarrollo de tal derecho, más aún si se tiene en cuenta que ese tipo de expresiones hacen parte del ejercicio de libertad sindical; recuérdese que en sentencia CSJ SL3482-2021 explicó que los derechos de asociación y huelga no pueden concebirse separadamente de las libertades de expresión y opinión, en tanto estas últimas son fundamentales para que las organizaciones de trabajadores logren representar y reivindicar sus intereses ante los empleadores, le permiten captar simpatizantes y alcanzar el cometido gremial; que por lo anterior, actividades tales como reuniones, mítines, plantones, denuncias públicas, piquetes, movilizaciones, manifestaciones, arengas e incluso el denominado escrache o expresión de repudio contra personas acusadas de conductas contrarias a las relaciones laborales, si bien pueden suponer duras críticas contra directivos o determinadas personas como mecanismo de presión moral y pública, son inherentes al derecho de sindicación e integran el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical.

En cuanto a los videos visibles en la carpeta 06, es menester recordar que el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 constitucional, está referido a aspectos de la órbita privada de la persona humana, involucra aspectos diversos que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen, hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo conciernen a sus intereses. Por ende, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo

"comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos tienen de aquel (T- 233 de 2007).

Concretamente, en relación con el valor probatorio de las grabaciones, en la sentencia T-233 de 2007 se señaló que estas pueden constituir una violación del derecho a la intimidad personal si no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho. En similares términos, en sentencia T-364 de 2018 se señaló que *“las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto”*.

El anterior criterio también ha sido acogido por CSJ STC4577-2021 quien expuso que cuando la prueba es obtenida con desconocimiento del debido proceso, esto es, sin el consentimiento de la persona grabada es ilícita, por lo que no pueden ser susceptibles de valoración, se trata de pruebas inconstitucionales que ultrajan el derecho fundamental a la intimidad, de modo que conforme al artículo 29 de la Constitución opera de pleno derecho su nulidad, y por ende conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del C.G.P. se impone su rechazo de plano; aspecto que también ha sido acogido en CSJ SL1752-2021.

En consecuencia, ni siquiera se efectuara la valoración de la prueba aludida, pues esta debió ser rechazada de plano por ser manifiestamente ilícita al no obrar el consentimiento de las personas que intervinieron en tales reuniones.

Igualmente, habrá de advertirse que del interrogatorio de parte, así como de los descargos rendidos por el demandante no se logra colegir que el demandante hubiera aceptado su extralimitación en el ejercicio del

derecho de huelga, pues por el contrario señala que del material probatorio arrimado no se evidenciaban las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que presuntamente participó activamente, liderando, promoviendo u orientando esta (fls. 413 a 440 del archivo 02). Asimismo, las fotos de folio 300 del archivo 02 tampoco dan cuenta de conductas que puedan considerarse como extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga del actor, pues apenas se denota en una de ellas que se encuentra sentado sin efectuar ningún tipo de actividad, y en la otra, que está caminando en una manifestación con un micrófono, desconociéndose incluso lo que dice.

En tales condiciones, se considera que no está suficientemente acreditada la justa causa por parte del empleador, por lo que, se considera acertado su reconocimiento.

Liquidación Indemnización por Despido sin Justa Causa.

Sobre el tópico, es menester precisar que en la demanda en ningún momento se hizo alusión a la inclusión de factores salariales, y que si bien en la documental visible a folio 522 del archivo 02 se hace alusión a que dentro de los valores pagados al demandante se encuentran adiciones varias y viáticos, se desconoce si estos se pagaban como contraprestación del servicio y si el último rubro estaba destinado a sufragar hospedaje y alimentación, por lo que, en ese orden de ideas sólo es dable tomar el sueldo básico, el cual según tal documento y lo referido por la apelante, ascendía para 2018 a la suma de **\$13'111.843**; lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta los comprobantes de nómina visibles a folios 568 a 578 del archivo 02, en donde se da cuenta de un pago quincenal teniendo como asignación básica la suma de \$6'555.922.

En ese orden de ideas, se liquidará teniendo en cuenta la suma de \$13'111.843, para lo cual es menester acudir al parágrafo transitorio del artículo 64 del C.S.T. al tener el demandante más de diez años de servicios con la empresa al momento de entrar en vigencia la Ley 789 de 2002; presupuesto que cumple el actor, puesto que al ingresar el 18 de agosto de 1980 al 27 de diciembre de 2002- fecha de entrada en vigencia de la norma- tenía 22 años, 4 meses y 10 días de labor.

Ahora bien, dicho párrafo transitorio presupone que a los trabajadores que cumplan diez años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 se les aplica la tabla de indemnizaciones establecida en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, empero que el párrafo transitorio se aplica a quienes tienen más de diez años al 01 de enero de 1991.

De esta manera, y dado que el demandante al 01 de enero de 1991 tenía 10 años, 4 meses, y 12 días de labor le resulta aplicable el párrafo transitorio del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, norma que dispone que dichos trabajadores siguieron amparados por el ordinal 5° del artículo 8 del Decreto-Ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.

Dado que no obra en el plenario manifestación alguna del demandante de acogerse al régimen de la Ley 50 de 1990, le resulta aplicable el ordinal 5° del artículo 8 del Decreto-Ley 2351 de 1965, esto es, una indemnización por despido sin justa causa equivalente a 45 días de salario por el primer año, y 30 días por los restantes y fracción al tener más de diez años de servicio a la demandada.

Así las cosas, y dado que el demandante alcanzó un tiempo de labor equivalente a 37 años, 9 meses y 13 días, tenemos que se debe pagar la suma de **\$502'001.477,97**, según las siguientes operaciones de rigor:

- 1er año: \$19'667.764,50
- 2° al 37° año (36 años): \$472'026.348.
- Fracción (0,79 años): \$10'307.365,47
- **Total:** \$502'001.477,97.

Por tanto, y como quiera que se condenó a reconocer y pagar la suma de \$562'429.062, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia a fin de establecer que se debe pagar **\$502'001.477,97** por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

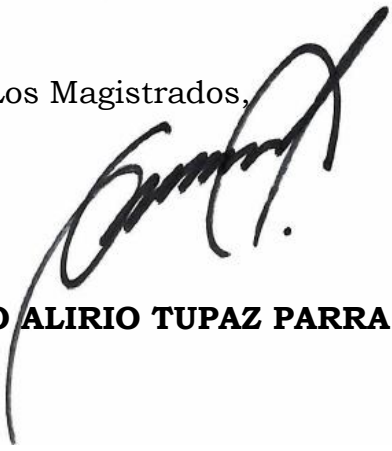
PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización por despido sin justa causa se debe pagar la suma de **\$502'001.477,97.**

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

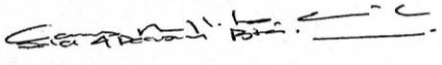
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00800 -01.

Demandante: **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA** adelanta contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad o, en subsidio, la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., así como su posterior afiliación a COLFONDOS S.A.; y que se tenga como válidamente afiliado a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos y sumas adicionales; y que se active su afiliación y sea actualizada su historia laboral por parte de COLPENSIONES.

Demandante: **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (archivos 10, 11, y 18) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor. La primera propuso la de compensación, y las restantes, la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO. CONDENAR a COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO. CONDENAR a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCIÓN y COLFONDOS, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, lo que le corresponderá a cargo de cada una el 50% de lo señalado.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A., así como los traslados posteriores que efectuó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de junio de 1996 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 26 y 27 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A. el 29 de octubre de 1997 (fl.34 del archivo 11).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

Demandante: **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A**

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 34 del archivo 11 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 29 de octubre de 1997 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ávila García se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de octubre de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya

que únicamente indicó que al momento de tal traslado el asesor de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. sólo le dijo que no iba a existir más pensión por parte del Gobierno, y que lo más apropiado era trasladarse; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de

Demandante: **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A**

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes, rendimientos y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A., debe devolver además de las sumas descontadas por gastos de administración se deben **devolver comisiones, y los valores pagados por seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así

Demandante: **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A**

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes, rendimientos y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A., debe devolver además de las sumas descontadas por gastos de administración se deben **devolver comisiones, y los valores pagados por seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00800 -01.

Demandante: **HUGO HENRY ÁVILA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A**

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

TERCERO. –. CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

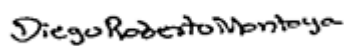
CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

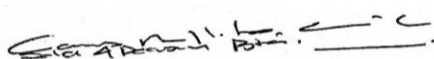
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2020-00002 -01.

Demandante: **DIANA CAROLINA TONGUINO ROJAS.**

Demandado: **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLBUBSIDIO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

El 12 de enero de 2023 se admitió el recurso de apelación, y el 20 de abril del mismo año se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (archivos 03 y 04 de la carpeta de segunda instancia).

Luego, el 03 de mayo de 2023, el apoderado de la parte actora solicitó se sancionara al abogado de la parte demandada, como quiera que este incumplió la orden de remitir los alegatos de conclusión que presentó (archivo 06).

Pues bien, para resolver la solicitud impetrada, se hace necesario rememorar que el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., establece que es deber de las partes y de sus apoderados enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso; que este deber se debe cumplir a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial; y que el incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente por cada infracción.

En igual sentido, el artículo 3 del Decreto 806 de 2020 hoy artículo 3 de la Ley 2213 de 2022, señala es deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos; que para el efecto se debe suministrar a la autoridad judicial, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite, y enviar a través de estos un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial; y que la autoridad judicial competente adoptará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento.

Verificado el expediente, se encuentra que mediante correo electrónico del 28 de abril de 2023 la parte demandada remitió alegatos de conclusión, sin embargo, y al evidenciar su omisión el 03 de mayo de 2023, en últimas, remitió sus alegatos de conclusión al correo cesarluque@yahoo.com, mismo dominio de la parte actora, por lo que, en tales circunstancias, se considera que se actuó de buena fe, que su contraparte conoció el memorial y sus argumentos presentados, de modo que en tales condiciones no es dable imponer la multa requerida (archivo 07).

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 09 de febrero de 2015 y que terminó el 04 de abril de 2019, empero que fue reanudado por orden de reintegro que data del 05 de septiembre de 2019; que el contrato nuevamente se dio por finalizado el 03 de enero de 2020, pese a que gozaba de estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia; y que tal despido no genera efectos legales. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro, junto con el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a trabajar el 09 de febrero de 2015 con contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Auxiliar de Enfermería en Salas de Cirugía de la Clínica Infantil de Colsubsidio; **2)** Devengaba \$1'400.000; **3)** Fue convocada a descargos el 30 (sic) de marzo de 2019, donde se le imputó el incumplimiento de sus obligaciones laborales por haber participado en una reunión el 20 del mismo mes y año; **4)** Quienes participaron en tal reunión fueron sancionados con ocho días de suspensión de trabajo, no obstante, ella fue despedida sin justa causa; **5)** Tiene dos hijos menores de edad que dependen de ella y por quienes responde, estos tienen 13 y 10 años; es madre cabeza de familia; **6)** Ha elevado diversas acciones judiciales para buscar que los padres de sus hijos respondan sin haberlo conseguido; **7)** Presentó acción de tutela que le correspondió al Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá con Función de Conocimiento el 29 de agosto de 2019, quien ordenó su reintegro con efectos transitorios; decisión que fue confirmada el 09 de octubre de 2019 por parte del Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá; y **8)** Pese a lo anterior, fue nuevamente despedida el 02 de enero de 2020, no obstante, los cuatro meses otorgados por el juez constitucional vencían el 09 de febrero de 2020.

2. Respuesta a la Demanda.

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la citación a descargos de la actora; las sanciones impuestas a quienes participaron de la reunión y el despido de la demandante; y la presentación de la acción de tutela, la decisión del juez constitucional en primera instancia y el reintegro.

Expuso que la demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo; que quedó debidamente acreditado que la actora incurrió en grave indisciplina y negligencia contra la caja, pacientes y trabajadores al haber propiciado una celebración no autorizada el día del hombre, 20 de

marzo de 2019, ingresando alimentos al área quirúrgica para el consumo humano, situación que expone la salud de pacientes y de trabajadores incluyéndola a ella accionante, debido al alto riesgo de contaminaciones; que desconocía la condición de madre cabeza de familia de la actora; que los cuatro meses como mecanismo transitorio se contaron desde la decisión del juez constitucional de primera instancia; que ha cumplido de forma completa el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social;

3. Providencia Recurrída.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 09 de febrero de 2015 y, que se encuentra vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO a mantener el reintegro de DIANA CAROLINA TONGUINO ROJAS, ordenado el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLSUBSIDIO.

CUARTO: ABSOLVER a la convocada a juicio de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada, en favor de la demandante; fíjese como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría, liquídense.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo que pasó a ser indefinido y que inició el 09 de febrero de 2015; que dentro de las causales establecidas en el reglamento interno de trabajo se encuentra inmerso el comportamiento que desplegó la actora el día 20 de marzo de 2019; y que por lo anterior, resulta procedente el reintegro de la trabajadora teniendo en cuenta el contrato que fuere celebrado y la modalidad.

4. Argumento de la Recurrente.

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO adujo que al juez no le correspondía valorar la gravedad de la conducta sino simplemente valorar si esta se había generado o no, pues si las partes del contrato han

convenido que una conducta es justa causa, el juez se debe limitar exclusivamente a corroborar si acaeció esa hipótesis; que la actora aceptó participar en la celebración del día del hombre con compañeros de la sala de cirugía, que ingresó una torta, que algunos trabajadores comieron dicho alimento, que se incurrió en una falta, que no era posible consumir alimentos en áreas asistenciales, lo que además se avizora en los descargos que rindió; que la falta que se debe analizar es la de la actora, no la de otros trabajadores; que las afirmaciones de las partes no son prueba; que con la conducta de la actora se puso en riesgo de contaminación a pacientes e incluso a ella misma, así como los respectivos protocolos de bioseguridad que se deben conservar y que son ordenados por la Secretaría de Salud; que dicho hecho se realizó en horas laborales; que en 2020 se presentaron 99 infecciones por incumplimiento de protocolos en el cuidado de salud; que en el artículo 55 del R.I.T. está establecido como justa causa incumplir cualquier obligación contractual o reglamentaria; que no sólo se estaba discutiendo la justa causa, era relevante verificar la existencia de una estabilidad laboral reforzada, frente a lo que hubo ausencia de argumentos, en todo caso, la actora no fue madre cabeza de familia, puesto que la actora no tenía hijos menores o incapacitados para trabajar, que fuera permanente, y que tenía toda la responsabilidad en su cabeza, lo que no se acreditó en juicio; que no existe un nexo de causalidad entre el despido y la condición de madre cabeza de familia, por demás que este hecho no se dio a conocer; y que la consecuencia de que se encuentre la justa causa, sería una indemnización y no un reintegro.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible reintegrar a la demandante por ostentar la condición de madre cabeza de familia?, y ¿se incurrió por parte de la accionante en una justa causa que daba lugar a la terminación de su vínculo contractual?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Estabilidad Laboral Reforzada de la Madre Cabeza de Familia.

Sobre el tópico, se hace necesario precisar que madre cabeza de familia es quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura del hogar en forma permanente, y tiene bajo a su cargo afectivo, económico y socialmente a hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de su núcleo familiar.

Así las cosas, es madre cabeza de familia quien tiene a su cargo exclusivo la responsabilidad económica del hogar por la incapacidad para trabajar de los demás miembros, debidamente comprobada; interpretación que resulta conforme con los postulados de la Constitución Política, pues preserva el especial interés del Estado de proteger a los núcleos familiares que dependen de un único ingreso, a través de acciones afirmativas, a la vez que no desfigura las reglas y objetivos de las normas que regulan en retén social (SU-388 de 2005).

De esta manera, no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del

hogar, puesto que para tener dicha condición es presupuesto indispensable: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre o madre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria del padre o de la madre para sostener el hogar (SU-388 de 2008, CSJ SL696-2021, y CSJ SL539-2023).

Del mismo modo, CSJ SL696-2021 señaló con fundamentó en CSJ SL1496-2014 que es una carga desproporcionada exigirle a la mujer cabeza de familia la prueba de un hecho imposible de acreditar, como demostrar que no recibe ayuda de los miembros de la familia a fin de respaldar la afirmación según la cual su salario es el único sustento de su familia; que si bien el principio de la carga de la prueba le exige a las partes acreditar los hechos que alegan y constituyen fundamento de sus pretensiones, ello es siempre que estén en la posibilidad de hacerlo, regla que estaba implícita en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y fue reiterada en el hoy vigente artículo 167 del Código General del Proceso; y que ante la afirmación indefinida de la trabajadora según la cual su salario es la única base del sustento de su familia, era la demandada la que tenía la carga de probar lo contrario en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Así mismo, es menester tener en consideración que la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia no es ilimitada ni absoluta, dado que pueden ser desvinculadas siempre que exista una justa causa de terminación del contrato de trabajo debidamente comprobada, o hasta que cesen las condiciones que originan la protección especial (CSJ SL696-2021 y CSJ SL1580-2022). Igualmente, se aclara que la anterior Interpretación se hace extensiva, a los “padres cabeza de familia”, según lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-389 de 2005.

Así las cosas, la Sala observa que se encuentra acreditado que la demandante al momento de su despido, 20 de marzo de 2019 tenía dos hijos de 10 y 13 años (fls.41 a 44 del archivo 01), por lo que, se encuentra acreditado el **primer requisito** para considerar que la actora es madre cabeza de familia, pues es madre de dos menores de edad.

En cuanto al **segundo requisito**, se observa que al ostentar los hijos de la actora la minoría de edad, estos no pueden satisfacer sus propias necesidades y ni financiar sus propios medios de subsistencia, por lo que, en tales condiciones la responsabilidad que recae en su madre trabajadora es permanente; en cuanto al **tercer requisito** el que es concomitante con el **cuarto**, esto es, que exista ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, y que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre o madre; o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; observa la Sala que la demandante ha instaurado acciones judiciales en contra de los padres de las menores para lograr la fijación de cuotas alimentarias, así como se allegó declaración extraprocesal de Gloria Rojas Fajardo, madre de la demandante, quien da fe que la actora es madre cabeza de familia, tiene a cargo a sus hijos, quienes están a su cuidado, responsabilidad y protección, así como que viven en el mismo techo, y dependen económicamente de los ingresos de esta para sus gastos de vivienda, salud, vestuario y demás (fls. 45 a 47 del archivo 01).

Así mismo, frente al **quinto requisito**, no se encuentra que el empleador hubiese demostrado que su trabajadora recibe ayuda de los demás miembros de su familia, quien manifestó que su salario era la base de su hogar.

Sentado lo anterior, se hace necesario determinar si existió una justa causa de terminación del contrato de trabajo debidamente comprobada para efectos de verificar si es dable considerar que la demandante goza de fuero de salud.

Al respecto, se encuentra que a la demandante se le dio por terminado su contrato de trabajo mediante carta del 03 de abril de 2019, en la que se indicó que la actora transgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales por incurrir en grave negligencia e indisciplina contra la caja, los pacientes y los mismos trabajadores al haber propiciado una celebración no autorizada el día del hombre -20 de marzo de 2019-, ingresando alimentos al área quirúrgica de la clínica para el consumo humano; y que dicha situación expone la salud de pacientes y trabajadores debido al alto riesgo de contaminaciones, vulnerando los lineamientos institucionales por vigilancia epidemiológica, seguridad del paciente y las normas de habilitación de la Secretaría Distrital de Salud (fls. 37 y 38 del archivo 01).

Ahora bien, para tomar dicha decisión la demandada acudió al Reglamento Interno de Trabajo en el que se establece: Artículo 37, que los trabajadores deben someterse a todas las medidas de higiene y seguridad que prescriban las autoridades del ramo en general y en particular la que ordene Colsubsidio para la prevención de enfermedades y riesgos, y que el incumplimiento de estas determinaciones de previsión de riesgo faculta a la caja para la terminación del vínculo laboral. Numerales 3, 25, y 35 del artículo 48, en donde se señala que es obligación especial de los trabajadores observar, las normas o procedimientos definidos por Colsubsidio; las medidas preventivas higiénicas prescritas por los servicios médicos de Colsubsidio o por las autoridades del ramo y cumplir estrictamente las obligaciones prescritas en el reglamento de higiene y seguridad industrial; y la disciplina en el trabajo y en el desarrollo de las relaciones interpersonales con compañeros, superiores jerárquicos, clientes y afiliados. Numeral 12 del artículo 50 que señala que está prohibido a los trabajadores ejercer cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, la de compañeros de trabajo, y superiores. y numerales 1, 14 y 58 en donde se determina que es justa causa para despedir, incumplir o violar cualquiera de las obligaciones o prohibiciones contractuales o legales, inobservar las obligaciones, protocolos y/o políticas o violar algunas de las prohibiciones que por las exigencias en la prestación del servicio indique Colsubsidio o que correspondan al trabajador en virtud de sus funciones y del cargo que ejecuta, así como incumplir las obligaciones y prohibiciones conexas, anexas y complementaras a tales funciones y cargo, e infringir total o

parcialmente las políticas seguridad industrial y salud ocupacional, y circulares que defina o tenga definidas Colsubsidio (fl. 3 del archivo 09, link "*Anexos contestación Diana Tonguino*").

En igual sentido, en el Manual de Bioseguridad de 2018 se establece que en el protocolo de bioseguridad por servicio utilizar las áreas designadas para la preparación y el consumo de alimentos, pues no es permitido la preparación y consumo de alimentos en las áreas asistenciales; y que en salas de cirugía y salas de parto no está permitido el consumo de alimentos (fl. 3 del archivo 09, link "*Anexos contestación Diana Tonguino*").

Pues bien. Encuentra la Sala que en diligencia de descargos que se llevó a cabo el 30 de marzo de 2019, la actora aceptó ser participe de la celebración llevada a cabo el 20 del mismo mes y año, que en el lugar donde se llevó a cabo dicha reunión estaba prohibido llevar y consumir alimentos, y que incurrió en una falta al llevar el alimento, pero que este ni siquiera se consumió (fls. 35 y 36 del archivo 01).

Igualmente, en interrogatorio de parte la demandante señaló que el 20 de marzo del 2020 participó en una celebración en el vestir de la sala de cirugía de la Clínica Infantil de Colsubsidio dentro de mi jornada laboral; que conoce el manual de bioseguridad de Colsubsidio y de la prohibición de ingresar alimentos en las áreas asistenciales; que conoce que ingresar alimentos a las áreas quirúrgicas pone en riesgo la vida de personas, pero que sólo se tomó una foto; y que conoce que ese ingreso está en las prohibiciones laborales de los trabajadores.

Así mismo, la testigo Olga Lucia Barrera Morales informó que en marzo del 2019, durante la jornada laboral, la demandante estaba asignada al servicio de salas de cirugía en las noches; que la clínica tiene la prohibición de consumir alimentos según el Manual de Bioseguridad y dentro de los lineamientos de la empresa para prevenir infecciones cruzadas; que el día del hombre la actora junto con otros compañeros de trabajo hicieron una celebración al señor John Ocampo en la sala de cirugía; que los trabajadores pueden hacer celebraciones, pero en el área asignada para esto, que es en el séptimo piso de la torre; que está prohibido el ingreso

de alimentos así no se consuman; que se puede traer comida de la casa, pero se debe consumir en el séptimo piso; que la demandante conoció el Manual de Bioseguridad con las socializaciones que se hacen; que cuando el paciente sale del procedimiento va al área de recuperación, en esta área no se le da alimentos al paciente, se hace en el área de recuperación tardía que no es área estéril; que en el área de los lockers fue donde tomaron las fotos que se vio en redes sociales, allí los trabajadores pueden guardar todo lo que traen de la calle, es donde se hacen su lavado quirúrgico, y se colocan su uniforme; que de todas las personas que participaron la única despedida fue la demandante, porque las otras personas dijeron que no estaban enterados y que la demandante fue quien ingreso la torta y llevo la gaseosa; y que en la zona de lockers es asistencial, está prohibido ingresar alimentos.

Conforme al acervo probatorio narrado si bien es cierto es dable colegir que la demandante era madre cabeza de familia se encuentra demostrado que incurrió en una justa causa de terminación del contrato de trabajo, pues desatendió el protocolo de bioseguridad establecido por la caja de compensación familiar, en donde se instituía expresamente la prohibición de ingresar alimentos a las áreas asistenciales, con lo que a su vez se incurrió en un grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales; parámetro impuesto por el empleador que a juicio de la Sala no luce caprichoso como quiera que con ello lo que se pretende es preservar en condiciones de asepsia, zonas que deben mantenerse estériles pues el riesgo de contaminación, especialmente en pacientes, es un peligro para su salud; nótese como se acepta que la zona donde se ingresó alimentos es dentro de la de cirugía, y si bien se trata de lugar donde estaban ubicados los lockers, también se narra que era igualmente parte de un área asistencial, y que era allí donde se hacía la correspondiente esterilización y se colocaban sus uniformes, por lo que se entiende que es un lugar que en la medida de la posible debe guardar los mayores controles de bioseguridad para poderse prestar en debida forma el servicio de salud.

Del mismo modo, no se avizora que con tal decisión se esté vulnerando el derecho fundamental de igualdad, ya que, las razones en las que se fundamentó tal decisión son disimiles con las sanciones que se impusieron

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2020-00002 -01.

Demandante: **DIANA CAROLINA TONGUINO ROJAS.**

Demandado: **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLBUBSIDIO.**

a los demás trabajadores que participaron en la reunión aludida, pues quien ingresó los alimentos según informó en diligencia de descargos.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que no hay lugar al reintegro pretendido, así como tampoco ordenar el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, por lo que se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se ABSOLVERÁ a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO de todas las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de Diana Carolina Tonguino Rojas.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de la demandante.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2020-00002 -01.
Demandante: **DIANA CAROLINA TONGUINO ROJAS.**
Demandado: **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLBUBSIDIO.**

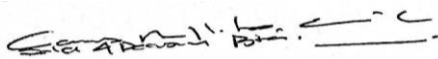
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la demandante.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2017-00795 -01.

Demandante: **JOSÉ FIDEL BARRETO GÓMEZ.**

Demandado: **COOBUS S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 31 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ FIDEL BARRETO GÓMEZ** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo con COOBUS S.A.S.; que TRANSMILENIO S.A. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan; y que la relación laboral terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, que las demandadas sean condenadas a reconocer y pagar, salarios y aportes a seguridad social integral pendientes del 01 de junio al 09 de julio de 2014; cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones; indemnización moratoria; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Las demandadas celebraron el contrato de concesión N° 005 de 2010; **2)**

Celebró contrato de trabajo a término indefinido con COOBUS S.A.S. el 18 de abril de 2013 para desempeñar el cargo de Operador de Bus Zonal; no obstante, se ejercía subordinación por ambas demandadas; **3)** Devengaba \$850.000 junto con un bono variable quincenal de \$300.000; teniendo como remuneración promedio de \$1'576.575; **4)** En 2014, COOBUS S.A. dejó de funcionar intempestivamente, sin si quiera terminar el contrato de trabajo; **5)** Ante la anterior situación presentó carta de renuncia el 09 de julio de 2014; **6)** El 02 de marzo de 2017 presentó reclamación administrativa ante TRANSMILENIO S.A., quien contestó el 07 del mismo mes y año, aduciendo que no tenía nada que ver con su contratación; **7)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende; **8)** El 30 de agosto de 2016 se publica aviso de liquidación de COOBUS S.A.S.; y **9)** El 22 de septiembre de 2017 (sic) eleva ante la liquidadora la solicitud de sus prestaciones sociales.

2. Respuesta a la Demanda.

COOBUS S.A.S. (fls. 90 a 97 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la existencia del contrato de concesión con TRANSMILENIO S.A.; la celebración de un contrato de trabajo con el actor, extremo inicial, salario, y la manifestación de renunciar por parte de este; la presentación de reclamaciones que elevó ante las demandadas; y su estado de liquidación.

Expuso que, en el trámite del proceso concursal ya reconoció a la demandante las acreencias laborales que pretende; que no es dable reconocer sanción moratoria cuando no se ha demandado dentro del término de 24 meses, por demás que se reconocieron intereses moratorios junto con las respectivas acreencias laborales pagadas; y que la empresa entró en cese de operaciones el 10 de julio de 2014, en razón de su situación económica.

Por su parte, **TRANSMILENIO S.A.** (fls. 117 a 144 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de concesión con COOBUS S.A.S.

Adujo que el demandante nunca ha hecho parte de su planta de personal, puesto que fue COOBUS S.A.S. quien celebró un contrato de trabajo con él; que el cargo de Operador de Bus del Sistema Integrado de Transporte Público no existe dentro de su planta de personal y es ajeno a su naturaleza y objeto social, por demás que sus empleados hacen parte del sector público; que el contrato de concesión se dio por terminado mediante Resolución 233 del 25 de abril de 2016; y que debe tenerse en consideración que únicamente fue llamada en solidaridad.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor en calidad de trabajador y COOBUS S.A.S. (hoy liquidada), existió un contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el 18 de abril de 2013 y 09 de julio de 2014 el cual terminó por causa imputable al empleador.

SEGUNDO: DECLARAR que TRANSMILENIO S.A. es solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales debidas y no pagadas al demandante por COOBUS S.A.S., al igual que los aportes al sistema general de seguridad social integral.

TERCERO: CONDENAR a COOBUS S.A.S. (hoy liquidada) y solidariamente a TRANSMILENIO S.A., a pagar en favor del demandante las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:

- Por concepto de salarios la suma de \$737.592,00
- Por concepto de cesantías para el año 2013, \$789.962,00
- Por concepto de cesantías para el año 2014, \$580.217.40
- Por concepto de intereses a las cesantías año 2014, \$36.553
- Por concepto de prima de servicios año 2014, \$580.217.40
- Por concepto de vacaciones para los periodos 19-04-2014 a 09 de julio de 2014, \$95.625.

Indemnización moratoria del Art 65 del CST: se condenará al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera y hasta cuando se verifique el pago de las mismas.

CUARTO: CONDENAR a COOBUS S.A.S. (hoy liquidada) y solidariamente a TRANSMILENIO S.A., a pagar en favor del demandante los aportes en pensión para el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2014 y 09 de julio de 2014, atendiendo el respectivo cálculo actuarial realizado por COLPENSIONES. Así como el pago de salud, A.R.L. y caja de compensación para dichos periodos, conforme los salarios establecidos en la parte motiva para dicha anualidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas los medios exceptivos propuestos y planteados por las demandadas.

SEXTO: IMPONER condena en costas a favor del demandante, con cargo en COOBUS S.A.S., fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto a que entre el actor y COOBUS S.A.S. se celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de abril de 2013 y el 09 de julio de 2014; que está acreditado el despido indirecto, como quiera que en la carta de renuncia del demandante se anunció que la terminación del contrato obedecía al incumplimiento en el pago de su empleador, circunstancia que incluso fue aceptada en la contestación de la demanda por parte de COOBUS S.A.S.; que únicamente se demostró que hacía parte del salario, la asignación básica, el auxilio de transporte y las horas extras pagadas, no siendo así con la bonificación, puesto que no se demostró que se reconociera como contraprestación directa del servicio; que está acreditado el pago de la primera quincena de junio de 2014, siendo únicamente dable reconocer los 24 días del 16 de junio al 09 de julio de 2014 sobre la asignación básica y el auxilio de transporte; que se liquidan las prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta los valores que hicieron parte del salario en cada anualidad; que no prestaciones sociales de 2013, puesto que está acreditado su pago; que hay lugar a indemnización moratoria, ya que, la iliquidez o crisis económica de la empresa no exime al empleador del reconocimiento de tal sanción, por demás que la empresa no se encontraba en liquidación forzosa; que pese a lo anterior, al demandarse luego de transcurrir 24 meses, se debe reconocer por concepto de sanción moratoria intereses moratorios; que se deben pagar los aportes a seguridad social integral adeudados, pues era obligación del empleador suplir tal obligación; y que TRANSMILENIO S.A. es solidariamente responsable, como quiera que en virtud del contrato de concesión celebrado con COOBUS S.A.S. es beneficiaria de la obra desarrollada por el actor, Operador de Bus Zonal, actividad que es conteste con el objeto social de la TRANSMILENIO S.A.

4. Argumentos de las Recurrentes.

COOBUS S.A.S. manifestó que la sanción moratoria debe ser reconocida únicamente hasta el inicio del proceso de liquidación de la empresa, pues a partir de tal momento estaba imposibilitado para realizar cualquier tipo de pago, pues cualquier obligación queda sometida a las

reglas del proceso concursal, según la Ley 1116 de 2006; y que los pagos de pensiones se hicieron a los fondos respectivos, quienes pasaron la correspondiente información al proceso concursal.

Por su parte, **TRANSMILENIO S.A.** señaló que se debió estudiar la excepción de prescripción, pues la reclamación administrativa sólo fue radicada el 02 de marzo de 2017, por lo que, cualquier acreencia laboral causada con anterioridad al 02 de marzo de 2014 se encuentra afectada por tal fenómeno; que se coadyuvan los argumentos de COOBUS S.A.S. en relación con la indemnización moratoria; que no se está hablando de una omisión en la afiliación en pensiones para ordenar el pago de aportes a través de cálculo actuarial, sino de mora, por lo que, en tal sentido se debe ordenar su pago; que frente a aportes a A.R.L., caja de compensación y salud, no se encuentra demostrado un perjuicio por su no reconocimiento, por lo que, no es factible ordenar su reconocimiento; que se debe tener en cuenta los pagos realizados al demandante ante la Superintendencia de Sociedades, tanto los que se realizaron en efectivo como en dación en pago; y que no debió ser condenada en solidaridad, como quiera que TRANSMILENIO S.A. según el Acuerdo 004 de 1999 no puede prestar el servicio público de transporte, la actividad del actor no la beneficia, es extraña a su objeto, pues gestiona, organiza, y planea, no explota el servicio público de transporte, no tiene dentro de su planta de personal cargos como el demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por TRANSMILENIO S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Operó el fenómeno de la prescripción frente alguna de las acreencias laborales objeto de condena?, ¿hay lugar a ordenar el pago por concepto de aportes a A.R.L., compensación familiar, y salud?, ¿es dable ordenar el reconocimiento de aportes a pensión a través de cálculo actuarial?, ¿el proceso de liquidación que atraviesa COOBUS S.A.S. restringe el pago de la sanción moratoria?, ¿las demandadas en solidaridad deben asumir las condenas impuestas? y, ¿es factible descontar de las condenas valores que fueron reconocidos al accionante dentro del proceso de liquidación de COOBUS S.A.S.?

Tesis

Revocar parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

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

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., lo que se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

En el caso, observa la Sala que si bien COOBUS S.A.S. no propuso la excepción de prescripción, TRANSMILENIO S.A. sí hizo alusión a tal medio exceptivo, por lo que, en tal sentido es dable efectuar su estudio, pues aunado a que esta llamada en solidaridad, el artículo 61 del C.G.P. establece que las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás.

En el *sub examine*, encuentra la Sala que contrario a lo que expone TRANSMILENIO S.A. la prescripción se logró interrumpir con la misiva remitida por el trabajador a la liquidadora de COOBUS S.A.S. el 22 de septiembre de 2016 (fl. 46 del archivo 01); por tanto, se tiene que se logró interrumpir la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 22 de septiembre de 2013, debiéndose demandar para que no operara dicho fenómeno frente a tales acreencias a más tardar el 22 de septiembre de 2019, presupuesto que se logró satisfacer puesto que se accionó el 18 de diciembre de 2017 (fl.60 del archivo 01).

Así las cosas, y como quiera que operó la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 22 de septiembre de 2013 no se encuentra que alguna de las que fue objeto de condena, se hubiera visto afectada por tal fenómeno, puesto que las cesantías de 2013 y 2014 se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y los salarios, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones datan del 2014; e igualmente, los aportes a pensión son derechos imprescriptibles.

Conforme a lo anterior, no se hace necesario modificar la sentencia a fin de establecer que operó la excepción de prescripción.

Aportes a Seguridad Social Integral.

En CSJ SL3009-2017, se tiene dicho que frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de **salud, compensación familiar y riesgos laborales** que lo que resulta dable exigir es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por tal omisión por parte del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, por manera que, le asiste razón a la apoderada de TRANSMILENIO S.A. en cuanto a que al no haberse acreditado tales presupuestos en juicio no es dable acceder a su reconocimiento, por lo que, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE los numerales segundo y cuarto** de la sentencia, en cuanto se condenó por tales conceptos, para en su lugar, absolver a las demandadas de tal reconocimiento.

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

Así las cosas, considera la Sala que en principio sería dable imponer al empleador la condena por aportes al sistema general en seguridad social en pensiones en los periodos que no se sufragó por parte de su empleador, sin embargo, en el plenario no se discutió que se estuviera frente a una falta de afiliación del trabajador al sistema general de seguridad social, por el contrario, el demandante hizo alusión en su demanda que únicamente le quedaron debiendo las cotizaciones del 01 de mayo de 2014 al 09 de julio de 2014, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia lo que procedería es el pago a través de mora, pues fue debidamente afiliado (CSJ SL4328-2021). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que los aportes a pensión del 01 de mayo de 2014 al 09 de julio de 2014 se deben pagar como periodos en mora.

Sanción Moratoria.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador conforme lo dispone el artículo 65 del C.S.T.

Ahora bien, CSJ Rad. 37288 del 24 de enero de 2012 ha enseñado que no se puede interpretar la situación de reorganización de una empresa, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende ello

genere un estado de fuerza mayor, para que le empleador se abstenga del efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de la reorganización es totalmente opuesta a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

En igual sentido, CSJ SL16884-2016 y CSJ SL3071-2018 ha señalado que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso e incluso la conducta del empleador dentro de los procesos de reestructuración y liquidación; recuérdese que, la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

En todo caso, en sentencias CSJ SL2833-2017 y CSJ SL1186-2019 se indicó que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria la sociedad demandada, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos del trabajador demandante.

Sentadas las anteriores premisas, en el asunto concreto encontramos que COOBUS S.A.S. ingresó en proceso de liquidación conforme a la Ley 1116 de 2006 mediante Auto N° 400-012524 del 19 de agosto de 2016, (fls. 15 a 19, 44 y 45 del archivo 01).

De esta manera, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que este actuó exento de mala fe, puesto que no se advierte de las pruebas recolectadas un interés por parte de COOBUS S.A.S. en reconocer las diferentes acreencias laborales que adeudaba al demandante, ni siquiera se observa que hubiera buscado lograr un acuerdo de pago con este previo a su liquidación.

Por tanto, se considera que hay lugar a la indemnización moratoria, empero, únicamente puede reconocerse hasta que se dio apertura al proceso de liquidación, ya que no resulta viable inferir que el empleador sometido a esta, siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer los intereses y créditos del trabajador demandante; igualmente, debido a que la liquidadora designada en tal proceso es un agente diferente al empleador, que entra a manejar los destinos de la empresa, razones que conllevan a que la indemnización moratoria sólo se pueda imponer hasta el 18 de agosto de 2016.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria se deben reconocer intereses moratorios sobre los salarios y prestaciones sociales objeto de condena, a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera y hasta el 18 de agosto de 2016.

Solidaridad de TRANSMILENIO S.A.

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante, según lo dispone el artículo 34 del C.S.T. En ese sentido, CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

En el caso, observa la Sala que el objeto social de TRANSMILENIO S.A. es la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital bajo las modalidades de transporte terrestre automotor, férreo y sistemas alternativos de movilidad como el cable aéreo, entre otros; y operar, prestar, explotar, administrar, gestionar y soportar servicios de telecomunicaciones, en relación con el

servicio de transporte y sus actividades conexas y complementarias (fls. 20 a 27 del archivo 01).

Así mismo, el artículo 2° del Acuerdo 004 de 1999, preceptúa que TRANSMILENIO S.A., tiene como objeto la *“gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos”*; y, en su artículo 3°, se establecen entre otras, las siguientes funciones:

1. *Gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, en la modalidad indicada en el artículo anterior.*
2. *Aplicar las políticas, las tarifas y adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para asegurar la prestación del servicio a su cargo, de conformidad con los parámetros señalados por la autoridad competente.*
3. *Garantizar que los equipos usados para la prestación del servicio incorporen tecnología de punta, teniendo en cuenta especialmente el uso de combustibles que generen el mínimo impacto ambiental.*
4. *Celebrar los contratos necesarios para la prestación del servicio de transporte masivo, ponderando entre otros factores la experiencia local en la prestación del servicio de transporte público colectivo.*
5. *Aportar o suscribir acciones en sociedades que tengan por objeto la prestación de los mismos servicios o la realización de actividades conexas o complementarias. Así mismo, podrá asociarse, conformar consorcios y formar uniones temporales con otras unidades públicas o privadas para desarrollar tales actividades”.*

El Decreto Distrital 831 de 1999, que reglamentó el Acuerdo 004 de 1999, en su artículo 6, reza:

“Contratos de Concesión para la Operación del Sistema Transmilenio. De conformidad con los Acuerdos 6 de 1998 y 4 de 1999, corresponde a TRANSMILENIO S.A., mediante contratos de concesión adjudicados en licitación pública vincular a la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, a las empresas interesadas en explotar económicamente dicha actividad dentro del Sistema Transmilenio. Igualmente, mediante el contrato de concesión, Transmilenio S.A., otorgará a los adjudicatarios de las licitaciones respectivas el permiso de operación para el desarrollo de la actividad de transporte público de pasajeros en el Sistema Transmilenio, tal como lo autorizan los artículos 19 de la Ley 336 de 1996 y 3 numeral 7 de la Ley 105 de 1993”.

Demandante: **JOSÉ FIDEL BARRETO GÓMEZ.**

Demandado: **COOBUS S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A.**

En todo caso, conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 4 de 1999, la sociedad Transmilenio S.A., será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección, o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o en los contratos, a efectos de lo cual podrá prestarlo directamente de manera transitoria.

En tales condiciones, se considera que las actividades desarrolladas por el demandante como Operador de Bus no eran extrañas o ajenas al objeto principal de TRANSMILENIO S.A., pues se observa que las actividades de operación del servicio de transporte hacen parte del objeto social de tal empresa, por demás que se nutre y beneficia de la operación de transporte desplegada por la empresa concesionaria.

Lo dicho, según CSJ SL498-2023 no cambia por lo reglado en el Acuerdo 4 de 1999, ni en el Decreto Distrital 831 del mismo año. Este reglamento dispone en su artículo 3, numeral 6, que Transmilenio S.A. no puede actuar como operador, ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor; sin embargo, ello no genera la desaparición del inocultable nexo de afinidad entre la actividad del transporte, que a la sazón desarrollaba COOBUS S.A.S., y el propósito o misión de la entidad contratante.

Aunado a ello, TRANSMILENIO S.A. era beneficiario de los servicios desarrollados por el demandante, pues dicha empresa celebró el Contrato de Concesión n° 005 de 2010 para otorgar a COOBUS S.A.S. la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del S.I.T.P. para la zona 3) Fontibón, con operación troncal (carpeta 03); y según certificado de existencia y representación de COOBUS S.A.S. el objeto social de esta era operar la concesión de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema S.I.T.P. (fls. 15 a 19 del archivo 01); por lo que, es dable deducir que los servicios que prestaba el actor como Operador de Bus tenían como beneficiario a TRANSMILENIO S.A.

En consideración de lo anterior, se confirmará la solidaridad objeto de condena por el A Quo.

De las Acreencias Laborales Reconocidas en el Proceso Liquidatorio.

Ciertamente, el demandante señaló en interrogatorio de parte que ha recibido dineros dentro del proceso liquidatorio de COOBUS S.A.S., por lo que se autorizará a las demandadas condenadas en solidaridad para que descuenten de la condena las sumas que hubieren pagado dentro de dicho trámite concursal, ya sea por concepto de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, o aportes a pensión.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria y las modificaciones realizadas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE los numerales segundo y cuarto** de la sentencia, en cuanto se estableció condena por concepto de aportes a seguridad social en salud, A.R.L., y caja de compensación familiar, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas del reconocimiento y pago de dichos rubros.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria, se deben pagar intereses moratorios sobre los salarios y prestaciones sociales objeto de condena, a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral, liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2017-00795 -01.

Demandante: **JOSÉ FIDEL BARRETO GÓMEZ.**

Demandado: **COOBUS S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A.**

certificada por la Superintendencia Financiera y, hasta el 18 de agosto de 2016.

TERCERO. – **MODIFICAR** la sentencia en el sentido de **ADICIONAR** que se autoriza a las demandadas condenadas en solidaridad para que descuenten de la condena, las sumas que hubieren pagado dentro del proceso liquidatorio de COOBUS S.A.S., ya sea por concepto de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, o aportes a pensión.

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

QUINTO. – Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria y las modificaciones realizadas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

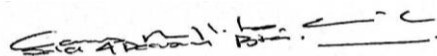


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(Aclara Voto)



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

(Aclara Voto)

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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ FIDEL BARRETO
GÓMEZ CONTRA COOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO S.A. (RAD. 11 001 31 05
011 2017 00795 01). MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO ALIRIO
TUPAZ PARRA**

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que me merecen las consideraciones de mis compañeros de Sala, presento aclaración de voto, por las razones que paso a exponer:

Atendiendo a la posición que se trae en el proyecto respaldada ahora en el nuevo pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 498 del 2023 y luego de un mejor estudio acerca del tema de la solidaridad, a pesar de lo establecido en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999, conduce a que el suscrito Magistrado acoja la decisión que se presenta por el H. Magistrado Ponente, dejando atrás el criterio que en el pretérito se tuvo frente a este tema.

En los precedentes términos acompaño el proveído y dejo consignada mi respetuosa claridad de voto.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



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

ACLARACION DE VOTO

-06- de julio de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ FIDEL BARRETO GÓMEZ CONTRA COOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO S.A. (RAD. 11 001 31 05 011 2017 00795 01). MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

De forma respetuosa presenté aclaración de voto, en tanto conforme lo expuesto en sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL498-2023, se acoge el criterio indicado en aquella providencia en tanto se fundamenta la exposición de razones en torno a que la entidad Transmilenio S.A. se considera como solidariamente responsable, en casos de subsunción sobre los presupuestos fácticos que allí se exponen.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado