



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 02 2019 00632 01
 Demandante: LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ
 Demandado: AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., a fin de declararse que con la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2016 y el 31 de agosto de 2018, percibiendo como último salario la suma de \$1.200.000, relación que finalizó sin justa causa por parte de la empleadora aduciendo incumplimiento en las obligaciones a su cargo, sin que al momento del finiquito se le hubiese reconocido ni cancelado la totalidad de sus prestaciones sociales tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.



Por consiguiente, se condene a la demandada reconocer y pagar las acreencias laborales concernientes a cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, así como las indemnizaciones por despido sin justa y moratoria en los términos de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T., indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. el 1º de octubre de 2016, pactándose inicialmente la suma de \$689.454.

Asimismo, expuso que la Representante Legal de AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA, sin tener en cuenta el primer contrato de trabajo celebrado, el 2 de octubre de 2017 realizó un segundo contrato bajo la figura de prestación de servicios, pero sin que la pasiva efectuara explicación alguna sobre el cambio de modalidad contractual, y sin que le fuese cancelada la liquidación de las prestaciones sociales por los meses trabajados del primer contrato.

Que con ocasión de la suscripción del segundo contrato, percibió como salario diario la suma de \$40.000, esto es, \$1.200.000 mensuales, al igual que la contratación que se le realizó fue con la finalidad de desempeñar el cargo de conductor y oficios varios, servicios que se llevaron a cabo en la empresa.

Seguidamente, expuso que el 31 de agosto de 2018 le fue entregada por parte de la Representante Legal de la encartada una carta de despido, mediante la cual se le manifestó incumplimiento en sus obligaciones contractuales, por lo que, ante el despido injusto, procedió a elevar derecho de petición el 24 de septiembre de 2018 a fin de que le fuesen expuestas las razones o motivos reales del finiquito, junto con el pago de las acreencias laborales que le asistían.



A razón de ello, fue por lo que la encartada a través de carta fecha del 16 de octubre de 2018 emitió respuesta.

Por último, sostuvo que acudió al Ministerio del Trabajo, pero en audiencia llevada a cabo el 14 de noviembre de 2018 no se llegó a ningún acuerdo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. contestó la demanda manifestando que el demandante no prestó sus servicios de manera ininterrumpida por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2006 y el 31 de agosto de 2018 como así lo alega, puesto que la relación laboral se constituyó en varias ocasiones, siendo la primera de ellas desde el 1º de octubre hasta el 19 de diciembre de 2016, una nueva relación entre el 1º de febrero y el 29 de septiembre de 2017 que finalizara con ocasión de la renuncia del trabajador y, posteriormente, se suscribió un contrato de prestación de servicios que ejecutó el señor LÓPEZ HERNÁNDEZ hasta el 8 de agosto de 2018, vinculaciones todas que fueron susceptibles de pago al trabajador en su totalidad.

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido, ausencia de causa para demandar, prescripción, inexistencia de la mora y actuación de buena fe, pago, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 declaró que entre el demandante señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ y la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2016 y el 31 de agosto de 2018, donde el actor desempeñó el cargo de conductor y de oficios varios.



Por tal razón, condenó a la demandante al pago de cesantías en la suma de \$1.907.430, intereses a las cesantías \$179.630, prima de servicios \$1.907.430, vacaciones \$953.715 debidamente indexadas al momento del pago, e indemnización por despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del C.S.T. en la suma de \$1.920.000.

También al pago de la indemnización reglada en el artículo 65 del C.S.T. a partir del 1º de octubre de 2018, data siguiente a la terminación de la relación laboral a razón de un día de salario equivalente a \$40.000 por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago de las prestaciones sociales por los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación determinados por la Superintendencia Financiera de Colombia, junto con el pago de costas procesales en la suma de un S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que, frente a la existencia del contrato, el artículo 23 del C.S.T., subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, consagra que existen tres elementos, a saber, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto modo, tiempo, cantidad o calidad del trabajo e imponerle reglamentos sobre los cuales debe mantenerse todo el tiempo de la duración del contrato y un salario como retribución del servicio.

Que a su vez, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, en este orden quien presta sus servicios personales alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe y no civil o de prestación de servicios, por lo que le corresponde como carga probatoria acreditar la prestación del servicio, quedando a cargo de quien la niega el demostrar que la relación no es subordinada o que estando en presencia de elementos demostrativos de la



misma no se trata en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

En tal sentido, la operadora de instancia arguyó que teniendo en cuenta el material probatorio recaudado en el asunto de marras se acreditó la prestación personal del servicio del demandante a favor de la encartada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., y que si bien existieron diferentes contratos laborales y uno de prestación de servicios, lo que se aprecia es que las labores del actor fueron continuas e ininterrumpidas bajo las mismas funciones, así como que en las celebraciones de los distintos contratos se aprecian serias inconsistencias, sin que la encartada lograra acreditar que las labores del trabajador se llevaran a cabo de forma autónoma e independiente, lo que implica a su vez que la pasiva no hubiese desvirtuado el elemento subordinante propio de las relaciones laborales; por el contrario, lo que se evidenció era que el señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ debía estar disponible para atender los llamados de la Representante Legal de la demandada, cumpliendo un horario de trabajo y acatando las disposiciones impuestas por su empleador, de allí que declarase un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2016 y el 31 de agosto de 2018.

En lo que atañe al salario realmente devengado por el demandante, la *a-quo* decidió tomar el relacionado en las liquidaciones allegadas por la demandada que para el año 2016 se acreditó por la suma de \$767.154. Para la anualidad 2017 decidió efectuar un promedio respecto de la suma efectuada en la liquidación aportada por la accionada, la cual se comprende desde el inicio del contrato hasta el mes de septiembre de 2017 y que corresponde a la suma de \$820.857 y, a partir de ese momento, determinó que conforme lo indicó el contrato de prestación de servicios y lo reconocido por la Representante Legal de la pasiva, el salario ascendía a \$40.000 diarios para una remuneración mensual de \$1.200.000, por lo que el promedio salarial teniendo en cuenta que durante los tres últimos meses tuvo una variación importante para el año 2017



lo definió en la suma de \$915.642. Para la anualidad 2018 lo determinó en la suma de \$1.200.000.

Por tal razón, arguyó que realizado el cálculo correspondiente de lo adeudado, para el año 2016 el valor de las cesantías adeudadas correspondía a la suma de \$191.788, año 2017 \$915.642, año 2018 de \$800.000, para un valor total de \$1.907.430; por concepto de intereses a las cesantías para el año 2016 \$5.753, año 2017 \$109.877, año 2018 \$64.000, para un valor total de \$179.630; prima de servicios del año 2016 la suma de \$191.788, año 2017 \$915.642, año 2018 \$800.000, para un total de \$1.907.430; por concepto de vacaciones para el año 2016 \$95.894, año 2017 \$457.821, año 2018 \$400.000, para un total de \$953.715, al igual que dispuso que sobre los rubros adeudados se autorizaba a la demandada compensar los valores cancelados por las liquidaciones de los contratos suscritos con el actor y cuyo pago fue aceptado por el demandante los cuales se llevaron a cabo el 19 de diciembre de 2016 por valor de \$520.853, el 29 de septiembre de 2017 por valor de \$1.063.967 y el pago realizado el 30 de 2018 en la suma de \$1.521.583, para un total a compensar de \$3.106.403.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa para su concesión, de conformidad con las causales expresamente previstas en los artículos 62 y 63 del C.S.T., frente a esta indemnización corresponde al demandante acreditar el acaecimiento del despido y a la parte demandada demostrar que en efecto se configuraron los supuestos fácticos que dieron origen al finiquito laboral justificado, los cuales deben verse invocados en la carta de terminación del contrato, concluyendo entonces que el actor probó la finalización del vínculo contractual como da cuenta la carta de terminación adiada el 31 de agosto de 2018; no obstante, AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. no acreditó cuáles eran las presuntas causas para el rompimiento del vínculo, ni puso de presente cuáles eran los incumplimientos a sus obligaciones aludidos en el escrito objeto de análisis.



En tal sentido, sostuvo que teniendo en cuenta que el demandante laboró por un término de un año y once meses, siendo su último salario la suma de \$1.200.000, calculando la indemnización por despido sin justa causa a la suma de \$1.920.000, la cual deberá cancelarse debidamente indexada al momento de su paro.

Respecto de la indemnización moratoria, mencionó que el artículo 65 del C.S.T. establece que corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas al término de la relación laboral, salvo los casos autorizados por la ley o convenido por las partes, procediendo en caso de mora del pago la imposición de una indemnización, la cual no opera de forma automática con una simple verificación de la mora en el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador y así determinar si actuó de mala fe al momento de cancelar los valores a los que se encontraba obligado; circunstancia por la cual, concluyó que analizada la conducta del empleador, no se encontraron razones que permitiesen justificar la omisión en el pago de las prestaciones al término del vínculo laboral, lo que no permite establecer buena fe en su actuar teniendo en cuenta la clara intención por parte de la pasiva de ocultar la naturaleza del vínculo bajo la supuesta liquidación de los contratos y cambio de modalidades contractuales.

Ello conllevó a que condenara su pago a partir del 1o de octubre de 2018, día siguiente a la terminación de la relación laboral a razón de un día de salario equivalente a \$40.000 por cada día de retardo y hasta que se efectúe el pago de las prestaciones por los primeros 24 meses, a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre inversión certificados por la Superintendencia Financiera teniendo en cuenta que el demandante devengaba como último salario uno superior al mínimo, y que la demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo.



En últimas, dispuso que dentro del presente asunto no operó el fenómeno prescriptivo y declaró probada parcialmente la excepción de compensación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. la apeló. Argumentó en su azada que el Despacho omitió tener en cuenta las pruebas que fueron aportadas en su calidad de demandada, como lo fue la carta de renuncia presentada por el demandante pues si bien data del 3 de octubre, dentro de su contenido menciona que la misma se hizo efectiva a partir del 29 de septiembre de 2017, lo que implica que en dicho documento se denota la voluntad del actor de finalizar el vínculo laboral, de allí que no se pueda declarar una única relación laboral.

Que tampoco se tuvo en cuenta que en la demanda y sus anexos no fue aportada ninguna prueba que demostrara el elemento subordinante, puesto que no yace en específico de cuáles fueron las funciones cumplidas por el demandante, la existencia de algún horario de trabajo, los días en que el actor debía cumplir funciones de oficios varios como así lo sostuvo éste en el interrogatorio de parte practicado, tanto así que allí indicó no tener claridad de las funciones que presuntamente debía cumplir.

Seguidamente, expuso que tampoco fue tenido en cuenta el documento atinente al derecho de petición presentado por el demandante de calenda 31 de agosto de 2018, a través del cual manifestó el propio actor que no podía asistir a laborar en días anteriores, lo que significa que no tenía ninguna función asignada a su cargo, entre otras circunstancia, lo que da cuenta que entre las partes sí se suscribió un contrato de prestación de servicios donde había independencia en la autonomía de la voluntad del contratista y sobre el cual no existía claridad del horario que el actor presuntamente debía cumplir.



Asimismo, sostuvo que de lo anterior se puede establecer que el salario del trabajador no ascendía a la suma de \$1.200.000, ya que el mismo hizo mención de que no asistía todos los días a prestar sus servicios, y bajo esta égida palmario resulta que se configuró un salario diario equivalente a \$40.000.

Que debe tenerse en cuenta la mala fe del demandante, como quiera que desde el escrito demandatorio adujo que no había recibido pago alguno por concepto de prestaciones sociales, cuando la realidad probatoria demuestra que en efecto existió una cancelación sobre estos conceptos teniendo en cuenta la liquidación de los distintos contratos de trabajo.

También arguyó que la *a-quo* no tuvo en cuenta el contrato de prestación de servicios, más exactamente lo acordado en su cláusula séptima, donde se determinó de manera expresa y categórica que había lugar a la terminación del vínculo ante el incumplimiento de las labores designadas, razón última que fue la razón del finiquito.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causales de nulidad que invaliden lo actuado, teniendo en cuenta los reproches de la apelante demandada, la Sala deberá auscultar si entre el demandante señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ y la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., existió un contrato de trabajo bajo la primacía de la



realidad sobre las formalidades por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2016 y el 31 de agosto de 2018.

En caso de resultar abante el problema jurídico principal, habrá determinarse el salario realmente devengado por el demandante.

c. Del caso en concreto:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Bajo este escenario y según lo determinado por la operadora de instancia, palmario resulta que dentro del presente asunto el aquí demandante señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ acreditó la prestación personal del servicio para con la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., prueba de ello lo es el contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1º de octubre de 2016 mediante el cual la encartada contrató al demandante con la finalidad de desempeñar el cargo de auxiliar de oficios varios y una retribución salarial mensual de \$689.454, el contrato de prestación de servicios que suscribieran las partes el 2 de octubre de 2017 donde se estableció un pago diario al demandante en valor de \$40.000, carta de renuncia suscrita por el demandante el 3 de octubre de 2017, petición elevada por el demandante a la encartada el 24 de septiembre de 2018 por medio del cual solicita le sea entregada la carta de finalización de la relación laboral, las razones por las cuáles se decidió finalizar el vínculo contractual que sostenían, las funciones precisas que desempeñaba, pago inmediato de la liquidación de acreencias laborales, pago de diferencias salariales establecidas en el contrato de trabajo que fuese suscrito el 1º de octubre de 2016, junto con el pago de la prima del periodo de enero a junio de 2018 (Fls. 12 a 14, 15 a 16, 18 a 20 PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO y fls. 22 a 24, 28 a 29, 34 a 36, 40 PDF 05 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Igualmente, respuesta brindada por la pasiva el 16 de octubre de 2018 en lo que concierne al derecho de petición elevado, junto con el pago de liquidación y comprobantes de pago que le fuesen realizados al actor, aspecto de prestación de servicios que por demás no fue desconocido por la pasiva (Fls.

21 a 22, 25 PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO y fls. 30, 32, 37 a 38 PDF 05 CONTESTACIÓN DEMANDA).

En tal sentido, en atención de la carga probatoria que se regula sobre este tipo de asuntos, le corresponde a la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. desvirtuar el elemento subordinante.

En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. señora ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA, quien manifestó no ser cierto que el actor laborara al servicio de la encartada hasta el 31 de agosto de 2018, como tampoco que la suma devengada por el demandante ascendiera a \$1.200.000, así como que la labor desempeñada consistió en ser conductor, aclarando que al final se llamaba al demandante cuando se le necesitaba, de allí que había días en los que no asistía ya que tenía otro trabajo, puntualizando que estos llamados esporádicos se comprendieron entre el 2 de octubre de 2017 y el 8 de agosto de 2018.

Seguidamente, confrontando un manuscrito autorizado por la falladora de instancia, la Representante Legal aclaró en la audiencia que el demandante ingresó el 1º de octubre hasta el 19 de diciembre de 2016, realizándosele una liquidación por este interregno en valor de \$520.853. Que para el año 2017 se suscribió con el demandante nuevamente contrato a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el mes de septiembre de 2017, el cual finalizó como consecuencia de la renuncia presentada por el actor, de allí que se le efectuase una liquidación que ascendió a la suma de \$863.967.

Que para el 2 de octubre 2017 el demandante suscribió contrato de prestación de servicios mediante el cual le era pagada la suma de \$40.000 diarios y que perduró hasta el 8 de agosto de 2018, al igual que no cumplía horario, no asistía todos los días y era el conductor, sin que tuviese derecho a prestaciones sociales; sin embargo, al actor se le hizo una liquidación sobre esta modalidad



contractual, siéndole cancelada la suma de \$1.521.583 el mismo 8 de agosto de 2018, sosteniendo que el actor en todo momento fue el conductor.

Que al demandante no se le solicitó que redactara la carta del 3 de agosto de 2017 mediante la cual renunció, sino que la terminación se dio por voluntad propia del actor ya que tenía otra labor al ser propietario de una fábrica de bolsas plásticas, pero sin recordar la fecha exacta cuando el actor presentó la renuncia por escrito.

Que el 31 de agosto de 2018 ella como Representante Legal de la encartada no le comunicó ninguna carta de despido al demandante, y que en el último vínculo contractual que se suscribió al señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ se le pagaba la suma de \$40.000 diarios, los cuales le eran cancelados los días que iba. Que al demandante no se le hizo firmar una carta de renuncia el 3 de octubre de 2017, es decir, un día posterior a la suscripción del contrato de prestación de servicios.

Por su parte el demandante fue interrogado en forma oficiosa por el Juzgado, quien manifestó que inicialmente laboró para el mes de septiembre de 2016 con el esposo de la señora ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA por días esporádicos repartiendo facturas (el demandante alude que la señora ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA es su tía).

Que en el mes de octubre de 2016 suscribió con la empresa demandada contrato de trabajo a término indefinido el cual se extendió hasta el mes de diciembre de esa misma anualidad, luego, aproximadamente el 10 o 12 de enero de 2017 fue llamado nuevamente sin contrato de trabajo.

Que para el 1º de febrero de 2017 suscribió un segundo contrato de trabajo donde laboró todo el año al servicio de la demandada cumpliendo un horario desde las 7:30 a.m. hasta las 4:00 p.m., y esporádicamente entraba a las 6:00 a.m. cuando su tía la señora ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA quería ir a la plaza,



al igual que hacía sus labores de conductor, entrega de recibos, facturas y reclamo de cheques, labores que desempeñaba de lunes a viernes. Relató que cuando no había trabajo en la empresa la señora ERNESTINA lo hacía ir donde una hija de esta de nombre CRISTINA.

Expuso que el segundo contrato de trabajo a término indefinido finalizó por cuanto él hizo un reclamo aproximadamente a finales del mes de septiembre de 2017 porque no le fue pagada una quincena completa, y, por consiguiente, la señora IMELBA le manifestó que efectuara una carta de renuncia debido a que se suscribiría un nuevo contrato de trabajo, pero bajo la catalogación de prestación de servicios, lo que conllevó a que el suscribiera de su puño y letra el 2 de octubre de 2017 dicha renuncia.

Que para la suscripción del contrato de prestación de servicios también se le dijo que se continuaría con el mismo horario y funciones, situación por la que lo firmó, pero en forma contradictoria a final de año no le fue pagada la prima de servicios, contrato que finalizó el 31 de agosto de 2018 debido a que en la última semana llegó en dos ocasiones tarde y su tía ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA lo despidió.

Puntualizó que cuando suscribió el contrato de prestación de servicios laboraba de lunes a viernes desempeñándose como conductor y en algunas ocasiones esporádicos los sábados y domingos con un pago de \$40.000 diarios. Refirió que en el año 2016 le fueron canceladas sus acreencias laborales y las cesantías fueron consignadas, misma situación que sucedió para la anualidad 2017. En lo que atañe al año 2018 refirió que no se le cancelaron acreencias laborales, pero debido a que solicitó una conciliación ante el Ministerio del Trabajo donde se le advirtió a la encartada que debía efectuar un pago, fue por lo que ésta última realizó una cancelación para el mes de noviembre de 2018 a través de liquidación en la suma de \$1.500.000.



Así las cosas, en inicio, advierte la Sala que teniendo en cuenta los aspectos narrados por la misma Representante Legal en el interrogatorio de parte rendido, junto con el contrato de trabajo a término indefinido que suscribieran las partes el 1º de octubre de 2016, la carta de finalización del contrato de trabajo que redactara el propio demandante el 3 de octubre de 2017, el contrato de servicios celebrado el 2 de octubre de 2017 y la carta de finalización del mismo que expidiera AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. el 31 de agosto de 2018, se logra establecer lo siguiente:

_ Inicialmente existió entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1º de octubre de 2016, el cual finalizó el 19 de diciembre de 2016, como así lo confesó la Representante Legal de la demandada señora ERNESTINA LÓPEZ DE CORREA, situación que también se acompasa con la liquidación final de prestaciones sociales que emitiera la encartada a favor del actor el 19 de diciembre de 2016, donde este último fue contratado para desempeñar las labor de auxiliar de servicios varios (Fl. 25 PDF 05 CONTESTACIÓN DEMANDA).

_ Luego de culminado el primer contrato, entre las partes existió un segundo contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 3 de octubre de 2017, en tanto, de una parte fue la misma Representante Legal de la encartada quien confesó en el interrogatorio de parte rendido que fue ese el extremo inicial y, de otra, yace copia de la liquidación final de prestaciones sociales que expidiera la encartada el 29 de septiembre de 2017 y la carta de renuncia que presentara el actor donde se consignó que dicho finiquito sucedía por asuntos personales, desempeñando las funciones de conductor como así se sostuvo por la misma la Representante Legal (Fls. 30 y 40 PDF 05 CONTESTACIÓN DEMANDA).

_ Seguidamente, las partes suscribieron el 2º de octubre de 2017 contrato de prestación de servicios donde el demandante desarrollaría la actividad la actividad de conductor, el cual finalizó el 31 de agosto de 2018



como se aprecia de la carta de finalización del contrato que expediera AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S., situación que se demuestra con la copia del contrato de prestación de servicios y la renuncia expedida por la encartada el mentado 31 de agosto de 2018 (Fls. 15 a 16 y 17 - PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO y fls. 28 a 29 y 33 PDF 05 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Así las cosas, en resumidas cuentas, las partes celebraron dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero de ellos comprendido entre el 1º de octubre y el 19 de diciembre de 2016, mientras que el segundo se comprendió entre el 1º de febrero y el 3 de octubre de 2017, para finalmente haberse celebrado un contrato de prestación de servicios entre el 2 de octubre de 2017 y el 31 de agosto de 2018.

Bajo esta égida, a juicio de la Sala y como lo puntualizó la falladora de instancia, clara es la inconsistencia en la contratación del demandante, pues resulta incomprensible el hecho que se hubiesen celebrado dos contratos de trabajo a término indefinido, más aún si se tiene en cuenta que este tipo de modalidad contractual busca como fin mantenerse vigente en el tiempo y con las condiciones inicialmente pactadas, de allí que resulte incomprensible que en el mes de diciembre se hubiese extinguido el primer contrato para crearse uno de las mismas connotaciones al inicial sobre un espacio de 41 días.

Al unísono, mucho menos puede perderse de vista que cuando finalizó el segundo contrato de trabajo, notoria era la intención de la demandada en permanecer atada funcionalmente con el demandante, al punto que se suscribió un contrato de prestación de servicios a partir del 2 de octubre de 2019, el cual advierte una continuidad en la misma actividad desarrollada por demandante que fue la de conductor como así lo confesó la Representante Legal de la pasiva en el interrogatorio de parte rendido, lo que a su vez enrostra la intención de permanencia en el tiempo de un verdadero contrato de trabajo.



Ahora bien, en lo que tañe al elemento subordinante, es menester puntualizar que ante la carga de desvirtuar este elemento por la parte demandada, no yace prueba que lo acredite, pues en todo momento la Representante Legal fue enfática en indicar en su interrogatorio de parte la subordinación impuesta al señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ, en especial la de conductor, y si bien pretendió argüirse por la pasiva que el contrato de prestación de servicios finalizó el 8 de agosto de 2018, la realidad probatoria enrostra otro escenario, como es el hecho que fue la misma AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. quien emitió carta de finalización del vínculo a partir del 31 de agosto de 2018, por lo que no puede desacreditarse esta prueba dentro del presente análisis en atención de lo expuesto en la alzada.

Y si bien la independencia y autonomía fue explícita al momento de la suscripción del contrato de prestación de servicios, el texto literal de ese contrato no pretermite la carga demostrativa que le asistía a la demandada de demostrar elementos suficientes para desvirtuar una verdadera relación laboral, la cual, *a contrario sensu*, se ratifica con los demás medios probatorios hasta aquí analizados, en especial las incongruencias en la celebración de dos contratos de trabajo a término indefinido y un tercer vínculo como de prestación de servicios donde se aprecia una continuidad e intención de funciones entre el mes de octubre de 2016 y el mes de agosto de 2018.

Así las cosas, palmario resulta la configuración de un verdadero contrato de trabajo. A pesar de ello, contrario a lo decidido por la operadora de instancia, a juicio de la Sala entre las partes se configuraron dos contratos de trabajo, el primero comprendido entre el 1º de octubre y el 19 de diciembre de 2016, mientras que el segundo se constituyó desde el 1º de febrero de 2017 y el 31 de agosto de 2018.

Lo anterior, como quiera que el primer contrato a término indefinido celebrado entre las partes que finalizó el 19 de diciembre de 2016 y el segundo que tuvo inicio el 1º de febrero de 2017, resulta evidente que transcurrieron

más de 30 días; circunstancia por la cual, como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se constituye una situación aparente o meramente formal, así se sostuvo en sentencia SL2871-2022, Radicación No. 85073 del 9 de agosto de 2022 donde se señaló:

“Sobre este punto, la Corte ha sido enfática en expresar que, cuando median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral. Así se dijo en sentencia CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL5595-2019 y CSJ SL3616-2020:

[...] esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.”

Por tal razón, al existir dos contratos de trabajo (i) entre el 1º de octubre y el 19 de diciembre de 2016 y, (ii) entre el 1º de febrero de 2017 y el 31 de agosto de 2018, resulta inoperante que se realice un estudio con relación al primer contrato declarado en tanto se entiende liquidado, por lo que únicamente será objeto de estudio el comprendido entre el 1º de febrero de 2017 y el 31 de agosto de 2018.

Así las cosas, frente al salario, acreditó la demandada a través de las correspondientes liquidaciones, las cuales por demás no fueron refutadas por las partes, que desde el 1º de febrero de 2017 hasta el 29 de septiembre de 2017 devengó un salario básico de \$820.857, y a partir del mes de octubre de 2017 conforme se desprende del contrato de prestación de servicios que fuese suscrito entre las partes y según lo confesado por la Representante Legal, el



actor devengó hasta el 31 de agosto de 2018 la suma de \$40.000 diarios para una remuneración mensual de \$1.200.000.

Es por ello, que teniendo en cuenta que el salario del año 2017 fue variable y sin encontrar reparo sobre el monto determinado por la *a-quo*, esto es, de \$915.642, será este el que se determine para todo concepto sobre dicha anualidad.

También se tendrá en cuenta para la anualidad 2018 el determinado por la operadora de instancia y que asciende a la suma mensual de \$1.200.000, puesto que si bien la demandada expuso en su alzada que salario no fue sobre ese monto por cuanto se pactó con el actor en el contrato de prestación de servicios que su salario diaria equivaldría a \$40.000, sin que hubiese asistido a laborar todos los días, sus argumentos se caen de peso toda vez que, según lo analizado en precedencia, quedó plenamente acreditado que el señor LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ laboró en forma ininterrumpida todo el año 2019 hasta el mes de agosto.

Así las cosas, lo adeudado por las correspondientes anualidades por concepto de acreencias laborales asciende a los siguientes montos:

LIQUIDACIÓN AÑO 2017			
SALARIO MENSUAL	DÍAS TRABAJADOS	CONCEPTO	VALOR ADEUDADO
\$ 915.642	330	cesantías	\$ 839.339
	330	Intereses a las cesantías	\$ 92.327
	330	Prima de servicios	\$ 839.339
TOTAL LIQUIDACIÓN			\$ 1.771.004

LIQUIDACIÓN AÑO 2018			
SALARIO MENSUAL	DÍAS TRABAJADOS	CONCEPTO	VALOR ADEUDADO
\$ 1.200.000	240	cesantías	\$ 800.000
	240	Intereses a las cesantías	\$ 64.000
	240	Prima de servicios	\$ 800.000
TOTAL LIQUIDACIÓN			\$ 1.664.000

COMPENSACIÓN DE VACACIONES	FECHAS		SALARIO	TOTAL VACACIONES
	INICIAL	FINAL		
	1/02/2017	31/08/2018	\$1.200.000	\$ 950.000

Los valores precedidos arrojan un total de condena de \$4.385.004, poniendo de presente que en lo que atañe al concepto de vacaciones que asciende a \$950.000, las mismas deberán pagarse de manera indexada al no corresponder a una prestación social.

Lo anterior, conlleva a su vez a que la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T. sea reliquidada, en razón a que teniendo en cuenta que la última relación laboral a término indefinido objeto de estudio se comprendió entre el entre el 1º de febrero de 2017 y el 31 de agosto de 2018, y como quiera que el último salario del demandante fue la suma de \$1.200.000, la condena por dicho indemnización asciende a la suma de \$1.666.666, por lo que se modificará de manera parcial este puntualísimo aspecto.

Pone de presente además la Sala, que en virtud que la demandada formuló la excepción de compensación, se aprecia que teniendo en cuenta las liquidaciones acreditadas en juicio, para el periodo 1º de febrero de 2017 a 27 de septiembre de 2017 al demandante se le realizó un pago por valor de \$863.967, y para el periodo 30 de septiembre de 2017 a 8 de agosto de 2018 le fue cancelada la suma de \$1.521.583, valores que no fueron negados por el demandante como así lo confesó en el interrogatorio de parte, como tampoco refutados en juicio, lo que conlleva a que se pueda colegir que la encartada le efectuó un pago total a la demanda de \$2.385.550, sumas que deberán descontarse a las condenas impuestas.

También es menester precisar que, de cara al recurso de apelación interpuesto, no se abordará el estudio de la indemnización moratoria impuesta en primer grado, ya que no fue recurrida para analizarse en segunda instancia.



Frente a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta los artículos 488 y 499 del C.S.T., en concordancia con el 151 del C.P.T. y de la S.S., dentro del presente asunto no operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que el extremo final de la relación laboral sucedió el 31 de agosto de 2018, presentándose la demanda el 17 de septiembre de 2019, última data en que se interrumpió el término prescriptivo, y al declararse la segunda relación laboral entre las partes por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2017 y el 31 de agosto de 2018, evidente resulta que sobre los derechos aquí reconocidos no operó la prescripción trienal preceptuada en la normativa en comento.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que entre el aquí demandante señor **LUIS ALEJANDRO LÓPEZ HERNÁNDEZ** y la demandada **AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S.** existieron dos relaciones laborales comprendidas de la siguiente manera:

_ Un primer contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de octubre y el 19 de diciembre de 2016.



_ Un segundo contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2017 y el 31 de agosto de 2018.

SEGUNDO: MODIFICAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la demandada AC GLOBAL CONTAINERS S.A.S. adeuda los siguientes a razón de acreencias laborales:

- _ Cesantías \$1.639.339.
- _ Intereses a las cesantías \$156.327.
- _ Prima de servicios \$1.639.339.
- _ Vacaciones \$950.000, valor último que deberá reconocerse en forma indexada al momento del correspondiente pago.

De lo anterior, se autorizará a la demanda compensar la suma de \$2.385.550, por encontrarse ya pagada al demandante.

TERCERO: MODIFICAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de determinar que la condena a razón de indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T. y, con ocasión de la declaratoria del último contrato de trabajo, debe ser reliquidada, para en su lugar disponer un pago de \$1.666.666 según los expuesto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

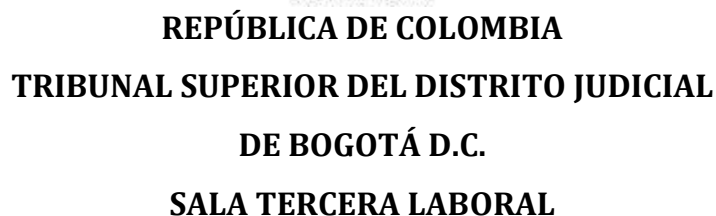


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.0018.469.231 y T.P. 365.094 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora JACQUELINE CARDENAS RAMIREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado que realizó del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en noviembre de 1997, y los traslados que realizó posteriormente entre administradoras de pensiones de éste último régimen, por falta al deber de información.

En consecuencia, se condene a los fondos privados que fueron convocados a juicio a devolver a COLPENSIONES los aportes que realizó al régimen que administran, se disponga su afiliación al régimen de prima media sin solución de continuidad, se reconozca y pague la pensión de vejez desde el 15 de marzo de 2021, junto con el respectivo retroactivo, la indexación de las sumas adeudadas, más lo *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita se condene a las demandadas al pago de perjuicios materiales y morales que le fueron ocasionados a razón de la falta del cumplimiento del deber de información por parte de éstas, a la indexación de las sumas que se reconozcan, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 14 de marzo de 1964, cumpliendo 57 años el mismo día y mes de 2021, y que se afilió y cotizó al régimen de prima media con prestación definida en donde alcanzó un total de 232 semanas, agregando que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 13 de noviembre de 1997, a través de PROTECCIÓN S.A., sin que se le haya brindado información clara, comprensible, completa, suficiente, oportuna y necesaria, como tampoco se le realizó una proyección de la eventual mesada en ambos regímenes pensionales, lo que le impidió tomar una decisión consciente y razonable de las implicaciones y consecuencias del traslado de régimen pensional.

Seguidamente, indicó que en esa misma omisión incurrieron los demás fondos de pensiones a los que se trasladó con posterioridad, esto es, HORIZONTE S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., enfatizando que en el caso de COLFONDOS

le ofrecieron beneficios en productos financieros y que no fue informada de la posibilidad de trasladarse de régimen antes de estar a diez años de la edad de pensión.

Refirió que según cálculo efectuado, su mesada en el régimen de prima media sería superior al que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la que correspondería en ese régimen a un salario mínimo mensual legal vigente, tasándose los perjuicios en más de \$848.735.007 como consecuencia de las diferencias causadas entre las mesadas percibidas en uno y otro régimen, conforme los cálculos que señala en los hechos de la demanda.

Destacó que el 30 de abril de 2021, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual negó la nulidad del traslado, además enfatizó que ya cuenta con el requisito de semanas y edad para acceder a la pensión de vejez, sin que haya podido optar por la misma. (archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., por lo que no existen fundamentos facticos ni jurídicos para declarar la nulidad del traslado que efectuó en 1997, dado que no se evidencian vicios de consentimiento que permitan declarar la nulidad de esa afiliación. Adicionalmente, expuso que no es posible afiliar a la actora al régimen que administra, después de permanecer en el RAIS por más de 20 años, pues tal situación vulnerara el principio de sostenibilidad presupuestal del artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo tampoco proceden los perjuicios que se reclaman.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema - Acto Legislativo 01 de

2005, que adicionó el artículo 48 de la C.P., buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (folios 24 a 52 archivo 04).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones principales y subsidiarias elevadas en su contra, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la actora al RAIS, es completamente válido ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho cuando lo que se alega es un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento, además, no se allega prueba alguna que dé lugar a la nulidad o ineficacia del traslado.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 2 a 30 - archivo 04).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima



del seguro previsional cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir y Colfondos. (folios 3 a 24 archivo 06).

Por último, COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias del libelo demandatorio, arguyendo que la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección, además, los asesores de esa fondo le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en el que le informó acerca de las características, ventajas y desventajas, entre ambos regímenes, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen que administra, el derecho de retractación y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado, e inexistencia de prueba de perjuicios. (folios 2 a 25 archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, realizado por la señora JACQUELINE CÁRDENAS RAMÍREZ a través de PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e



intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de petición antes de tiempo, esto en relación a la petición de la pensión de vejez e inexistencia de la obligación respecto a la pretensión de la indemnización de perjuicios.

CUARTO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a COLFONDOS S.A.

QUINTO: COSTAS únicamente a cargo de PROTECCIÓN S.A, inclúyase como agencias en derecho el valor de cuatro (4) S.M.M.V.

SEXTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha sentado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de 2019, la SL1688 de 2019 y SL5686 de 2021 en las que se ha precisado que en estos asuntos no procede la declaratoria de la excepción de prescripción, la carga de la prueba radica en cabeza de las administradoras de pensiones las cuales tienen el deber de demostrar en estos juicios la información que se le brindó al afiliado respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual no se prueba con los formatos pre-impresos.

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición, o haber cumplido los requisitos para pensionarse, pues no se discute que la actora nació el 14 de marzo de 1964, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición, pero no es argumento para no acceder a la protección que se solicita por la falta al deber de información, máxime cuando no confesó haber recibido la información que se echa de menos, aspectos que ha tenido en cuenta el órgano de cierre de esta especialidad, por lo que es viable declarar la ineficacia del traslado.

En cuanto a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora, dijo que no accedería a ese pedimento, en tanto, COLPENSIONES no tiene legitimación al respecto, pues no ha recibido los

dineros de la cuenta de ahorros de PORVENIR y no es afiliada al régimen de prima media, configurándose una excepción de petición antes de tiempo, por ende, una vez quede ejecutoriada la sentencia podrá resolver tal petición. Respecto a los perjuicios que solicitó la activa, dijo que no existía prueba de la causación de los mismos, condenando en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES, la apeló. Al respecto, dijo que no tuvo injerencia en la decisión de la actora frente al traslado del régimen que realizó, además expuso que se debía tener en cuenta que fueron los fondos privados llamados a juicio quienes faltaron al deber de información que les asiste, en el caso de la actora; aunado a que no le informaron de la prohibición legal de traslado, por ende, son quienes deben asumir el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos parámetros que ofrece el régimen de prima media que administra, sin que se le puedan endilgar las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen.

Refirió que la demandante cumplió con el estatus pensional estando afiliada al régimen de ahorro individual al cual realizó aportes por más de 20 años, reiterando que es PORVENIR S.A. quien debe asumir el reconocimiento de la pensión de vejez, añadiendo que de ser confirmada la decisión de instancia no puede ser perjudicada con la misma, sin embargo, solicita que la AFP reintegren la totalidad de la cotización de la promotora, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, bonos pensionales, las cuotas por seguros provisionales y gastos de administración, ya que son los cuales financian las pensiones en ese régimen.

Por su parte, la demandante manifiesta su disenso frente a la absolución de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, pues ya cuenta con edad y las semanas requeridas para acceder a la prestación, lo cual se colige del reporte de semanas que obra en el plenario, por lo que solicita se acceda a esa pretensión una vez se haga efectivo el traslado de régimen y se otorgue la pensión a partir de que cumplió con el estatus pensional, o desde la fecha en que se presentó la demanda. Añadió que en la sentencia SL 373 de 2021, se sentó un cambio jurisprudencial en el sentido que la demandante no



puede ser parte del régimen de prima media de ser pensionada, por lo que reitera su solicitud de que se conceda la pensión.

Frente a los perjuicios dijo que se tasaron en la modalidad de lucro cesante futuro, por lo que si hay una afectación real a la trabajadora, y calcularon según la protección que aportó en el plenario, lo cual se corrobora con la contestación que ofreció PORVENIR S.A., donde se evidencia la diferencia en el valor de las mesadas que recibiría en ambos regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o

cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir*

del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCION S.A. el 13 de noviembre de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de enero de 1998, según el reporte SIAFP. (folios 25 y 32 archivo 6). Además, se allegaron los formularios de los traslados que realizó a COLFONDOS y HORIZONTE hoy PORVENIR, los que se hicieron efectivos según el reporte SIAFP el 1º de octubre de 2000, 1º de abril de 2002, 1º de octubre de 2006 y el 1º de enero de 2014. (folios 58, 64 y 65 archivo 05 y folio 26 archivo 07).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de*

leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la demandante JACQUELINE CÁRDENAS RAMÍREZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio de Laboratorios Biogem en el año 1997, Recursos Humanos los llamó a una reunión con los asesores de PROTECCIÓN S.A., quienes les dijeron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a acabar, por lo que tenían que pasar a un fondo privado para cotizar a pensión, y que ese fondo les era más beneficioso, así a continuación procedió suscribir el formulario de manera voluntaria, agregando que le dijeron que la pensión era heredable y que se podían pensionar de manera anticipada. De otro lado, expuso que su traslado a HORIZONTE se dio por que le dijeron que le daría mejores beneficios, por su parte, COLFONDOS le ofreció para trasladarse que le darían beneficios en el uso de tarjetas de crédito, y que después retornó a HORIZONTE, sin que se le diera más información sobre los regímenes pensionales.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la PROTECCIÓN S.A., no probó el



cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales hace mención COLPENSIONES su disenso, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, conforme lo señala COLPENSIONES en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al cual COLPENSIONES hace alusión, al declararse la ineficacia del

traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES,

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, lo que evidencia que los argumentos de COLPENSIONES al respecto, no gozan de prosperidad.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los bonos pensionales si a ello hay lugar, junto con los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos tres últimos conceptos al momento de su devolución. De la misma forma, se condenará a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES de manera indexada los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que la demandante permaneció vinculada a esas administradoras de pensiones, de modo que, se adicionará y revocará el numeral cuarto de la sentencia de instancia.

d. De la pensión de vejez:

Solicita la demandante en su impugnación se acceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de

1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 30 años y 179 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (folios 188 archivo 02 y folios 31 a 47 archivo 05 – semanas cotizadas en Porvenir).

Puestas así las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada, en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 14 de marzo de 1964 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (folio 188 archivo 02), por lo que cumplió 57 años de edad el 14 de mayo de 2021, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que la actora cuenta con un total de 1.379 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita en la Historia Laboral Consolidada expedida el 28 de diciembre de 2021 por PORVENIR S.A. que militan en el plenario, fondo de pensiones en el que se encuentra afiliada en la actualidad (31 a 56 archivo 05); situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, en el caso de la promotora; por



cumplir 57 años de edad en el año 2021 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Ahora bien, pese a lo anterior se advierte que la demandante no cuenta con fecha de retiro, según se avizora de los citados reportes de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, y de las demás pruebas obrantes en el expediente, luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., que se llevó a cabo el 19 de agosto de 2022, manifestó que se era representante de visita médica en un laboratorio farmacéutico.

Lo que conlleva a que la prestación quede supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; por lo que no procede el reconocimiento de la pensión desde la fecha en que acreditaron los requisitos que dan lugar a su causación, ni desde la presentación de la demanda como lo reclama la actora en la apelación. Igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable a la afiliada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable su aplicación.

En otro giro, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema. Consideraciones que compelen a esta Colegiatura a revocar la decisión de primer grado frente al reconocimiento pensional aquí analizado, para en su lugar ordenar su reconocimiento en la forma aquí indicada.

Por último, respecto a los argumentos de la activa en la impugnación sobre la procedencia de los perjuicios que reclama, debe recordarse que tal pretensión fue solicita de forma subsidiaria en caso de no accederse a la declaratoria de



ineficacia, por lo cual es diáfano que tal pedimento no procede. En consecuencia, se confirmará la decisión de instancia por tal motivo.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES además de las sumas generadas por los conceptos señalado en el citado numeral, los bonos pensionales si a ello hay lugar, junto con los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que permaneció la demandante en HORIZONTE y en ese fondo, debiendo indexar estos tres últimos conceptos al momento de su devolución.

SEGUNDO: REVOCAR y ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, para en su lugar, condenar a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES de manera indexada los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que la demandante permaneció vinculada a esas administradoras de pensiones.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia de instancia, que declaró parcialmente probada la excepción de petición antes de tiempo, en relación con la pensión de vejez, para en su lugar; **CONDENAR** a COLPENSIONES que reconozca y pague la pensión de vejez a la demandante de acuerdo a lo reglado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir de que se produzca su retiro del



sistema general de pensiones, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, la cual deberá liquidar conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, debiendo indexar las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, en caso de ser viable la aplicación de tal efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Salvamento de voto

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **06 2016 00483 01**
 Demandante: OLGA VARGAS BONILLA
 Demandado: NAPOLI VENTA DIRECTA S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 De la demanda:

La señora OLGA INÉS VARGAS BONILLA formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad NAPOLI VENTA DIRECTA S.A., a efectos que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo, el cual terminó por causal imputable al empleador; en consecuencia, se la reintegre al cargo que venía desempeñado, con el consecuente pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, más con el reconocimiento de la sanción de 180 días de salario, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se le ordene a FAMISANAR EPS, la rehabilitación y recuperación laboral de la condición patológica de la trabajadora con las terapias respectivas y lo que resulta probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



1.2 Supuesto Fático:

Como fundamento de sus aspiraciones, adujo que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 16 de junio de 2010, devengando un salario de \$719.419 pesos mensuales, pagaderos en dos quincenas, cumpliendo funciones de Operaria de Empaque, lo que implicó que padeciera fuertes dolores en sus manos y brazos, que le dificultaban el normal ejercicio de sus labores diarias.

Que la EPS FAMISANAR brindó la atención en salud, diagnosticándose Síndrome Túnel del Carpo, padeciendo de dolor en ambas manos, irradiado a los miembros superiores de predominio derecho, con exacerbaciones relacionadas con la actividad laboral; pese a ello fue despedida el 17 de febrero de 2015, encontrándose incluso con recomendaciones médicas expedidas por Salud Ocupacional, las cuales se cumplían el 30 de abril de 2015. Lo anterior, sin contar con el respectivo permiso del Ministerio del Trabajo.

Que la patología es atribuible a la demandada, ante la ausencia de medios de seguridad mínimos en el trabajo, sin que además se hayan adoptado correctivos ante el carácter degenerativo y progresivo de dicho padecimiento; finalmente, que interpuso una acción de tutela que le correspondió al Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, la cual fue denegada.

1.3 Contestación de la demanda:

La sociedad NAPOLI VENTA DIRECTA S.A.S., actuando por conducto de curador *ad litem*, contestó la demanda señalando no constarle los hechos narrados.

Propuso la excepción de mérito que denominó adecuada valoración del material probatorio.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de junio de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Para arribar a esa decisión, la juez de primer grado estimó que la demandante padece de una patología relacionada con el Síndrome de Túnel del Carpo, tal y como se evidencia de la historia clínica y recomendaciones ocupacionales, no obstante, el contrato de trabajo finiquitó el 17 de febrero de 2015, correspondiendo la historia clínica a atenciones en salud del 13 de abril de 2000, 15 de enero y de febrero de 2016, siendo así las últimas, de carácter posterior a la finalización del contrato de trabajo.

De otra parte, que si bien se documentan recomendaciones que datan del mes octubre de 2014, la misma tuvieron una vigencia de 6 meses, y por ende se encontraban vigentes a la finalización del contrato de trabajo; pese a ello, no se acreditó que eran de pleno conocimiento de la sociedad empleadora.

Así mismo, que tampoco se acreditó que el estado de salud influyera en las labores diarias, a efectos de estimar que la demandante se constituyera en sujeto de especial protección constitucional y que, por lo tanto, se requería de autorización del Ministerio de Trabajo previo a dar por terminada la relación laboral.

Finalmente, que no es dable estudiar pretensión alguna en contra de FAMISANAR EPS, al no ser parte del proceso.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Al no haberse interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, es procedente dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la parte activa, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a la Sala dilucidar si la actora a la terminación del contrato de trabajo, era destinataria de la estabilidad laboral reforzada que reclama, de ser así, se analizará la prosperidad de las pretensiones que enlista al respecto.

c. De la estabilidad laboral reforzada:

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consagra que en ningún evento la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral; de otra parte, que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo.

Considera la Sala necesario traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, en la que refirió que la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos

discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por vengero:

“[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un

trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

“Y añadió, que tales preceptos, además,

“[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

“Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

“[...] Ley 82 de 1988 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”; [...]; Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”; Ley 762 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999); [...]; Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997.”; Ley 1346 de 2009 “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”; y la ley estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

“De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

“[...] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.” (Subrayado por la Sala).

Adicionalmente, la Alta Corporación dijo en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022, efectuó las siguientes precisiones sobre el tema, así:

“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

“[...] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

*“En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral**, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

“Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

“En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

*“En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una **condición de discapacidad relevante**, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Ahora, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL4555-2021, Radicación No. 83533 de 27 de septiembre de 2021, expuso sobre el valor que se debe dar a la historia clínica o las incapacidades del trabajador, o a otras situaciones, en tratándose de estabilidad laboral reforzada, lo siguiente:

“Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

[...]

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

(...)

“Por esa razón, uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del



trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo.”

Bajo ese escenario, se tiene que se acreditó que el contrato de trabajo finiquitó de manera unilateral y sin justa causa el 17 de febrero de 2015, en tanto se allegó la misiva de despido (Fl. 20 PDF Anexos Dda.); por ende, la parte demandante tiene la carga probatoria de acreditar que para tal data se encontraba en una situación de discapacidad relevante, la cual, tal como señaló la *a-quo*, sea de pleno conocimiento del empleador.

Ahora bien, de la revisión del acervo probatorio se tiene que se aportó la Historia Clínica, la cual data del 15 de abril de 2015 (Fls. 9 a 13 PDF Anexos Demanda), esto es, posterior a la terminación del contrato de trabajo, la cual da cuenta de un diagnóstico de síndrome de túnel del carpo bilateral leve, ordenándose terapias físicas, documental que en manera alguna acredite restricciones laborales para el 17 de febrero de 2015. Igual consideración se depreca de las recomendaciones de salud ocupacional que emitirá FAMISANAR EPS, las cuales datan del 20 de abril de 2015 (Fls. 16 a 17 PDF Anexos Demanda).

Se aportaron igualmente recomendaciones de salud ocupacional de FAMISANAR EPS que datan del 30 de octubre de 2014, en la cual se señala un diagnóstico de Síndrome de Túnel del Carpo, y se aportan restricciones laborales durante seis meses, no obstante, tal como lo refirió la *a-quo* no se acreditó por activa que el empleador conociera dicha situación, ni que en efecto, la demandante no estuviese prestando el servicio en condiciones de normalidad, más aún cuando la historia clínica da cuenta que es síndrome diagnosticado es leve, y la demandante solo puso en conocimiento del empleador en la misiva del 10 de junio de 2015 (Fl. 21 y 22 PDF Anexos Demanda), la cual es posterior a la terminación del vínculo laboral.



Así las cosas, en el *sub-examine* solo se documentó que la accionante padecía de Síndrome del Túnel de Carpo Leve, lo cual implicó que se expidan recomendaciones ocupacionales, no obstante, por activa no se cumplió con la carga probatoria de acreditar de manera fehaciente que la patología implicaba limitaciones y restricciones laborales relevantes, en el cumplimiento de sus funciones diarias, así como que el empleador tuviera peno conocimiento de tal situación, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, por activa también se deprecó que se le ordene a FAMISANAR EPS, la rehabilitación y recuperación laboral de la condición patológica de la trabajadora con las terapias respectivas, frente a lo cual no es dable emitir pronunciamiento alguno, al no fungir la EPS como parte pasiva del plenario.

Como corolario de lo expuesto, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be "DFO", is positioned above the name of the first magistrate.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

A large, stylized handwritten signature in black ink is positioned above the name of the second magistrate. The signature is highly fluid and covers a significant portion of the page width.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be "JWZ", is positioned above the name of the third magistrate.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 06 2017 00751 01**
Demandante: **MARÍA MERCEDES CHAVES TOLOSA**
Demandado: **PORVENIR S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA MERCEDES CHAVES TOLOSA promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., a fin de que se condene a la encartada a reconocer y pagar el 50% de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, señor GONZALO ALVAREZ ELEJALDE desde el 13 de septiembre de 2014; junto con las mesadas adicionales y los incrementos de ley, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio se condene al pago de la indexación de las sumas adeudadas. Por último, solicita se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que el señor GONZALO ALVAREZ ELEJALDE era afiliado a PORVENIR S.A. para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y que falleció el 13 de septiembre de 2014 por causas comunes, agregando que convivió con el causante por espacio de treinta y tres años hasta el día de su óbito.

Refirió que solicitó a la enjuiciada el 4 de febrero de 2015 la pensión de sobrevivientes, siendo la única que se presentó a reclamar durante dicho trámite, sin que existiera controversia con otros presuntos beneficiarios. Así las cosas, su pedimento fue decidido de forma favorable por la pasiva según comunicación que le remitió el 31 de julio de 2015 en la que le indicó que había cumplido los requisitos establecidos en los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que reconocería desde el 13 de septiembre de 2014 una mesada por suma de \$705.131, la que sería reajustada cada año conforme a lo dispuesto en la ley.

Enfatizó que en dicha comunicación no se le indicó el porcentaje en el que sería reconocida la prestación, por lo que solicitó se le informara ese aspecto, ante los cual PORVENIR S.A., en comunicación adiada el 15 de septiembre de 2015 le indicó que le correspondía el 50% de la pensión y el 50% sería reservado, dado que la administradora tenía conocimiento de la existencia de la cónyuge del afiliado fallecido, quien aún no había efectuado reclamación formal.

Finalmente, señaló que en comunicación de 11 de noviembre de 2017 el fondo demandado, reiteró que la cónyuge no había efectuado reclamación alguna. (folios 4 a 11 archivo denominado 2017-751.pdf de la carpeta 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que no se oponía ni se allanaba a las pretensión primera de la demanda, precisando que se vio obligado a dejar en reserva el 50% de la pensión de sobrevivientes en comento, dado que si bien se presentó a reclamar la actora en calidad de compañera permanente, lo



cierto era, que tuvo conocimiento de la señora VERENICE ACOSTA, quien según la misma demandante es al parecer la cónyuge del afiliado fallecido, por lo que sería una potencial beneficiaria a la que no podría desconocer los derechos que le asisten en tal calidad, surgiendo así un claro conflicto de beneficiarias, por lo que el fondo se encuentra a la espera de que el Juez Laboral defina a quien en calidad de beneficiaria le corresponde el 50% que se encuentra en reserva o en que porción podría corresponder a cada una a fin de proceder con el pago, por lo que no tienen prosperidad las demás pretensiones ante el conflicto aquí señalado.

Formuló como excepciones previas propuso las de falta de integración de litisconsorcio necesario, la que se declaró probada en audiencia de 15 de agosto de 2019, en consecuencia, se dispuso vincular al trámite a la señora BERENICE ACOSTA (folios 233 a 235 archivo denominado 2017-751.pdf de la carpeta 01).

Como de fondo propuso las de falta de causa para pedir, buena fe de PORVENIR S.A., compensación, prescripción y la innominada o genérica (folios 81 a 88 archivo denominado 2017-751.pdf de la carpeta 01).

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá mediante proveído calendado el 11 de diciembre de 2019, ordenó el emplazamiento y designar un curador *ad litem* a la mencionada litisconsorte necesaria, señora BERENICE ACOSTA (folios 239 a 241 archivo denominado 2017-751.pdf de la carpeta 01).

De esa forma, la litisconsorte necesaria BERENICE ACOSTA contestó la demanda a través de curadora *ad litem*, la que se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que se sujetaba a lo que resultara probado, asimismo, se observa que no propuso excepciones previas ni de fondo. (folios 255 a 256 archivo denominado 2017-751.pdf de la carpeta 01).

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en proveído adiado el 27 de julio de 2027, avocó conocimiento del asunto y citó a audiencia



para continuar con las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S. (Archivo 04).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de agosto de 2022, declaró que MARÍA MERCEDES CHAVES TOLOSA tiene derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor GONZALO ALVAREZ ELEJALDE, desde el 13 de septiembre de 2014. En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer a la actora el retroactivo pensional reclamado entre el 13 de septiembre de 2014 y el 30 de junio de 2018 a razón de 13 mesadas anuales, en suma de \$18.702.747, suma única que deberá pagar la demandada de manera indexada al momento del pago respecto de cada una de las mesadas, además autorizó el descuento de los aportes a salud, declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió de las demandas pretensiones, incluyendo las de la interviniente *ad excludendum*.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia señaló que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si la demandante tiene derecho al 50% restante de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, señor GONZALO ALVAREZ ELEJALDE del 13 de septiembre de 2014 y junio de 2018, junto con los intereses moratorios, o la indexación, o si tal prestación le corresponde a la señora BERENICE ACOSTA en condición de cónyuge.

Seguidamente adujo que la forma en que se debió vincular a la señora BERENICE ACOSTA debió ser como interviniente *ad excludendum*, según lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que así estudiaría su intervención en el presente asunto.

Respecto de la pensión de sobrevivientes dijo que la norma que rige el asunto correspondía a la vigente a la fecha del óbito del pensionado o afiliado, siendo

para el caso los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, dado que el fallecimiento acaeció el 13 de septiembre de 2014. De otro lado, señaló que los beneficiarios, sea la cónyuge o la compañera permanente, deben acreditar no menos de cinco años de convivencia con anterioridad al fallecimiento del causante.

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia morigeró su postura, en relación con el tiempo de convivencia exigido, precisando que dicho tiempo de convivencia solo se exige a la cónyuge del pensionado. Luego, los beneficiarios del afiliado solo deben acreditar la confirmación del núcleo familiar con vocación de permanencia vigente al deceso, en el caso de la cónyuge y la compañera, según se dijo en sentencia SL1730 de 2020, reiteradas entre otras en la sentencia SL4318 de 2021.

Agregó que en el *sub-examine* no estaba en discusión que el afiliado había dejado causada la pensión, pues acreditó 50 semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, por lo que la demandada reconoció la pensión a la actora a partir del 13 de septiembre de 2014, con una mesada a 2015 de \$705.131; sin embargo, el 50% de la mesada se dejó en reserva dado que la entidad tuvo conocimiento de la existencia de una cónyuge del afiliado que no había realizado reclamación formal, destacando que la mesada a la actora para 2014 ascendió a \$340.117, es decir, la mitad del salario mínimo de esa anualidad.

Expuso que en relación con la cónyuge BERENICE ACOSTA, no se allegó documento idóneo que diera cuenta del matrimonio de aquella con el afiliado, además, de las pruebas documentales y testimoniales, determinó que la actora sostuvo una relación con el causante por lo menos desde el nacimiento de su hija, esto es, desde 9 de diciembre de 1982, destacando que la testigo ADRIANA ALVAREZ dio cuenta de que el causante, quien era su tío y la señora BERENICE ACOSTA convivieron menos de un año.



Acorde con lo anterior, dijo que si bien se podía tener establecido que BERENICE ACOSTA pudo tener la condición de cónyuge no había un documento idóneo que diera cuenta de ello, entre tanto, si se acreditó que la demandante y el causante habían convivido por más de treinta años hasta el momento del deceso.

En esa medida, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante en un 100%, en cuanto al monto lo estimó en un salario mínimo mensual legal vigente.

Señaló que, según certificación allegada por SEGUROS ALFA, se estableció que desde julio de 2018, la actora recibe el 100% de la prestación hasta la actualidad, situación que reconoció, condenando a pagar la suma de \$18.702.747, monto que comprende el 50% de las mesadas restantes que dejó de percibir la gestora entre el 13 de septiembre de 2014 y el 30 de junio de 2018, autorizando a descontar lo correspondiente a salud.

Frente a los intereses moratorios, señaló que en el presente asunto fue la misma demandante quien puso de presente a la entidad y en la acción de la tutela que interpuso contra la pasiva, la existencia de la señora BERENICE ACOSTA, quien independiente de que no se haya acreditado la calidad de cónyuge del afiliado, la entidad pudo haber suspendido el 100% de la prestación, dejando solo en reserva el 50%; luego, si existía controversia entre supuestos beneficiarios. En su lugar, ordenó la indexación de las sumas adeudadas hasta el momento del pago, aclarando que se trataba de la indexación de las mesadas. Asimismo, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la enjuiciada. (Archivo 17).

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada su inconformidad frente a la absolución del pago de intereses moratorios, infringiendo así el artículo 34 de Acuerdo 049 de 1990, en



consonancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, ya que la Juez de instancia consideró que existía controversia entre supuestos beneficiarios.

Adujo que al momento en que la actora reclamó la prestación no existía controversia, pues solo puso de presente que el afiliado estuvo casado, por lo tanto, no debió suspender el pago del 50%, luego no existía deuda sobre el titular del derecho, es decir, no existía duda razonable, más si se tiene en cuenta que la supuesta beneficiaria nunca se presentó a reclamar la prestación, así se expuso en sentencia con radicado No. 28910 del 14 de agosto de 2008 y SL2609 de 2021, en las que se dijo que de no existir una duda razonable no se puede suspender la prestación por lo que proceden los intereses moratorios, en caso de no accederse a tal pedimento se ordene a la indexación.

PORVENIR S.A. en su alzada adujo que nunca se ha negado al reconocimiento del pago de la pensión de sobrevivientes, luego era menester que se decidiera el conflicto de intereses que se había presentado entre beneficiarios, ya que existía amplia evidencia de un vínculo matrimonial del afiliado anterior a la convivencia con la actora, lo que esta misma puso de presente.

De esa forma, solicita se revoquen las condenas impuestas a esa demandada indicando que ya canceló el retroactivo generado a favor de la actora, de ahí, que no adeuda ningún concepto por mesadas, destacando que el 8 de marzo de 2018, el fondo vuelve a verificar el caso de autos y al encontrar que el registro civil de nacimiento del causante no tiene nota marginal de matrimonio o divorcio, decide pagar a la gestora, el 50% restante de las mesadas dejadas en reserva desde el 13 de septiembre de 2014 hasta mayo de 2018 por valor de \$16.257.355, pago que efectuó a la cuenta de ahorros de la demandante y que partir del junio de 2018 viene pagando el 100% de la mesada, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas en la sentencia de instancia, agregando que de ese modo no hay lugar a la indexación o los intereses moratorios, lo que podría generar pagos dobles, aunado a que no hay lugar a compensación alguna.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, y teniendo en cuenta los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala deberá auscultar si la demandada adeuda a la compañera permanente del causante el retroactivo pensional correspondiente al 50% de las mesadas que dejó en reserva y si hay lugar al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. De la calidad de pensionado:

Al descender al *sub examine*, se advierte que en el presente asunto no es objeto de discusión que el causante, señor GONZALO ALVAREZ ELIJALDE tenía la calidad de afiliado a la administradora de pensiones accionada, además que falleció el 13 de septiembre de 2014, según se acredita con el registro civil de defunción; por tanto, la norma que regula la pensión de sobrevivientes es la vigente al acaecimiento del hecho, que para el presente evento lo serían los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Que por acreditar los presupuestos de ley, la pasiva le concedió a la actora la pensión de sobrevivientes, en su condición de compañera permanente, pues así la reconoció al otorgarle la prestación pensional en comento, según comunicación que le dirigiera la encartada a la demandante el 31 de julio de 2015, en la que además, reconoció el retroactivo desde el 13 de septiembre de



2014. Aspectos que fueron corroborados por la *a quo*, sin que fueran objeto de inconformidad en la alzada por parte de las impugnantes.

Igualmente, que según comunicación adiada el 15 de septiembre de 2015, la pasiva le anunció a la actora que había dejado en reserva el 50% de la mesada pensional, dado que se tenía conocimiento de la existencia de la cónyuge del afiliado fallecido, quien aún no había efectuado reclamación formal. (folios 12, 23 a 24, 25 archivo denominado *2017-751.pdf* de la carpeta 01).

d. De la retroactivo la pensión de sobrevivientes:

Precisado lo anterior, y dado que la demandada PORVENIR S.A. en su apelación manifiesta que no adeuda suma alguna por concepto de mesadas a la compañera permanente del afiliado fallecido, dado que el 8 de marzo de 2018 al estudiar de nuevo el caso, decidió pagar a la actora el 50% restante de las mesadas que en inicio había dejado en reserva desde el 13 de septiembre de 2014 hasta mayo de 2018, por lo que consignó a la cuenta de la promotora la suma de \$16.257.355, y que partir de junio de 2018 viene pagando el 100% de la mesada, siendo improcedente la condena impartida por la juez de instancia sobre el particular.

Al respecto, advierte esta Colegiatura que tal como lo expuso la Juez de instancia desde julio de 2018 la demandada viene sufragando de manera completa el valor de la mesada a la compañera permanente demandante, según se colige del archivo 08 del expediente digital, es decir, que desde esa calenda dejó se aplicar la reserva al 50% de la mesada.

En esa medida, y en aras de desatar el problema jurídico planteado sobre el particular, conviene acotar que las mesadas que se adeudan a la promotora a razón del 50% de la mesada total, corresponde a las causadas desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2018, las que la Juez de primer grado tasó en suma de \$18.702.747.



Ahora, en este punto debe aclarar la Sala que, si bien la Juez de instancia señaló que el valor de la mesada se había reconocido en suma del salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, lo cierto es, que al verificar las certificaciones y demás documentales emitidas por la administradora convocada a juicio, se observa que el valor de la mesada reconocida supera el mínimo mensual legal vigente para cada año. (folios 23 a 24, 26 a 27, 30 a 55, 112 a 114, 117 a 119, 176 a 177 archivo denominado *2017-751.pdf* de la carpeta 01 y archivo denominado 08).

De esa forma, al verificar el plenario y en especial las pruebas legalmente decretadas y allegadas en el momento procesal oportuno, no se encuentra probanza alguna que dé cuenta del pago que por suma de \$16.257.355 señala la pasiva efectuó a la actora en mayo de 2018, por lo que mantendrá la condena impuesta por concepto de mesadas causadas desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2018, la que calculó la juez de instancia como ya se dijo en suma de \$18.702.747, monto que se mantendrá en tanto no fue objetado por las partes, el que en todo caso se acompasa con el valor adeudado en ese lapso por mesadas causadas a razón del 50% sobre el valor real reconocido por valor mensual de la mesada.

En otro giro, cabe agregar que si bien la demandada PORVENIR S.A. allega con los alegatos de conclusión una certificación bancaria y una relación de pagos de mesadas efectuadas a la actora, en donde se certificar un pago realizado a ésta en suma \$16.257.355 el 16 de mayo de 2018, por concepto del 50% de las mesadas que le adeudaba, documental que no será tenido en cuenta, dado que se trata de un escrito aportado con posterioridad a la apelación y que se anexó a los alegatos de conclusión, lo que guarda consonancia con lo señalado en sentencia SL5207-2021, Radicación No. 77421 de 17 de noviembre de 2021, situación que en todo caso no obsta para que esa demandada efectúe las compensaciones del caso, si a ello hay lugar. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado sobre este puntual aspecto, por las razones expuestas.

e. De los intereses moratorios:

Manifiesta la parte actora en su alzada que en el presente asunto no existió controversia entre posibles beneficiarios, en consecuencia, no le era dable a la encartada reservar el pago del 50% de la mesada, por lo que es procedente el pago de los intereses moratorios en comento.

Sobre este tópico, cabe memorar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece frente a los intereses de mora que a *“partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

A su vez, la Corte Suprema de Justicia – Sala de casación Laboral al analizar la procedencia de los intereses moratorios en casos de controversia entre beneficiarios de la prestación, expuso en sentencia SL140-2023 Radicación No. 87346 de 30 de enero de 2023, lo siguiente:

“La Corte ha sostenido, que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en principio y por regla general, proceden en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase de prestación (sentencia CSJ SL, 29 may. 2003, rad. 18789, reiterada, entre otras, en la CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 32002 y CSJ SL1440-2018).

Así mismo ha definido que, si bien su cancelación se encuentra supeditada a que exista mora o retardo en el pago de la prestación pensional a la que se tiene derecho, en todo caso su naturaleza es resarcitoria, pues el legislador los estableció con miras a reparar el pago tardío de la pensión a que había lugar, no como una mera sanción al deudor (CSJ SL2546-2020).

Del mismo modo, la Corporación ha precisado que aquellos deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo

condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en eventos puntuales como cuando;

(...)

“5. Existe «algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo puede ser dirimido por la justicia ordinaria», como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021, con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación (CSJ SL5654-2021).

Se denota lo previo, porque, atendiendo las incontrovertidas conclusiones de hecho de la segunda sentencia, ninguna de las referidas excepciones se identifican con el asunto, ya que no existe noticia de una pretensa beneficiaria que haya reclamado la prestación de sobrevivientes de la demandante por exclusión y, por el contrario, aquellos que concurrirían en ese derecho, se allanaron a su reclamo, argumentando que era de público conocimiento la convivencia entre esta y el afiliado fallecido hasta la fecha de su deceso, lo que también se acreditó, ocurrió por más de 17 años anteriores a ese hecho.” (Subrayado por la Sala).

Bajo esta exégesis, no puede soslayarse el hecho que tal como lo expuso la operadora judicial de primer grado, en el trámite procesal no se acreditó mediante documento idóneo la calidad de cónyuge de la interviniente *ad excludendum* BERENICE ACOSTA, respecto del afiliado fallecido.

De otro lado, si bien la demandante en el interrogatorio de parte que rindió, indicó que el causante le había comentado que sostuvo otra relación con la señora BERENICE DEL SOCORRO ACOSTA, aunado a que la hija de la pareja, ALEYDY JULIETH ALVAREZ en su declaración sostuvo que su padre le había señalado que contrajo nupcias con la señora BERENICE ACOSTA, situación que coligió la testigo ADRIANA ALVAREZ MAZO, quien dijo que supo del matrimonio del *de cujus*, por cuanto su padre, quien era hermano del afiliado se lo comentó, aunado a ello que convivió en la misma casa con la pareja, convivencia que no fue superior a un año.

De modo que, el hecho de que la compañera permanente haya informado de la existencia de esa posible cónyuge, esa situación por sí sola no conllevaba a

determinar que en efecto hubiese existido una disputa real sobre la prestación que reclamó, pues lo que hizo fue únicamente informar de una eventual existencia de la supuesta cónyuge, quien en todo caso, no reclamó en momento alguno el derecho, como lo expuso la demandada en comunicación que dirigiera a la actora el 15 de marzo de 2017 y como se vio en el trámite procesal no se pudo constatar la real existencia de esta, por lo que la misma encartada al analizar de nuevo el caso y al no existir documento que dé cuenta de esa situación decide comenzar a sufragar en un 100% la prestación a la demandante desde julio de 2018. (folios 176 a 177 archivo denominado *2017-751.pdf* de la carpeta 01).

Acorde con lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto la demandada no tenía una razón real para retener el valor del 50% restante de la mesada, bajo la égida de una supuesta o eventual disputa entre beneficiarias de la prestación; en consecuencia, contrario a lo concluido por la operadora judicial de instancia es procedente en el presente asunto el pago de los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto de los saldos adeudados a razón del 50% de las mesadas dejadas de cancelar por la pasiva, y que se causaron del 13 de septiembre de 2014 al 30 de junio de 2018, lo cual procede como ha reiterado la jurisprudencia entre otras, en sentencia SL.2403-2022, contrario a lo aducido por la pasiva en la alzada.

Intereses que proceden desde el 4 de abril de 2015, dado que la actora presentó reclamación el 4 de febrero del mismo año, conforme lo reglado en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001; y hasta que se cancele en su totalidad cada una de las diferencias de las mesadas adeudadas que se causaron desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2018. (folios 101 a 103 archivo denominado *2017-751.pdf* de la carpeta 01). En consecuencia, se revocará el numeral segundo de la sentencia de instancia que ordenó el pago de la indexación, la cual no procede al prosperar la pretensión principal que aludía al pago de intereses moratorios.



En cuanto a la excepción de prescripción, se advierte que no está llamada a prosperar dado que el deceso del causante ocurrió el 13 de septiembre de 2014, la prestación se reclamó el 4 de febrero de 2015 y la demanda se impetró el 14 de noviembre de 2017; luego, como lo concluyó la *a quo* no operó el fenómeno prescriptivo.

Con ocasión de lo hasta aquí expuesto la decisión de primera instancia habrá de revocarse parcialmente de acuerdo a las consideraciones ya referidas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada, al no haber gozado de vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral transitorio del Circuito de Bogotá, que dispuso la indexación de las diferencias adeudadas por mesadas; para en su lugar, condenar al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 4 de abril de 2015, y hasta que cancele en su totalidad cada una de las diferencias que adeuda por concepto de mesadas causadas desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2018, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.



TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, y a favor de la demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

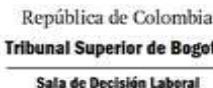
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'L' and 'C' followed by a long horizontal stroke.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, with a large 'J' and 'W' followed by a long horizontal stroke.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 11 2018 00533 01

Demandante: NOHORA CECILIA RODRIGUEZ GONZÁLEZ

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto fue totalmente adversa a sus pretensiones y no interpuso recurso de apelación.

I.- ANTECEDENTES

1.1 De la demanda:

La señora NOHORA CECILIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión



del deceso de su compañero permanente, señor RICARDO ANTONIO ALVAREZ SIACHOQUE, a partir del 29 de enero de 2012, junto con las mesadas adicionales, los reajustes de ley, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*. En subsidio pretende se condene a la indexación de las mesadas reconocidas.

1.2 Supuesto fáctico:

En sustento de sus aspiraciones, indicó que convivió con el señor RICARDO ANTONIO ÁLVAREZ SIACHOQUE desde el 23 de octubre de 1978, compartiendo techo, lecho y mesa en forma permanente hasta el día del óbito de su compañero, es decir, hasta el 29 de enero de 2012, además, expuso que de dicha unión nacieron tres hijos, los cuales en la actualidad son mayores de edad y que dependía económicamente del causante.

Refirió que el 15 de diciembre de 2014 solicitó a la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya que según historia laboral expedida por la entidad demandada el 3 de febrero de 2013, el *de cujus* había cotizado en su vida laboral del 22 de junio de 1984 al 30 de abril de 2000 un total de 491.14 semanas. Añadió que más adelante, la entidad en historia laboral expedida el 7 de mayo de 2015, señaló que en ese mismo lapso el causante había cotizado 510.43 semanas. A continuación, en historia laboral adiada el 25 de septiembre de 2015, se certificaron al afiliado 979.43 semanas del 30 de septiembre de 1971 al 30 de abril de 2000, las que aumentaron a 980.04 semanas, al 28 de septiembre de 2017.

Así, mediante Resolución GNR 57204 de 2015 le fue negada la prestación económica deprecada, y en su lugar, se reconoce y ordena pagar a su favor la una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en su condición de beneficiaria del causante en suma de \$15.643.870, la cual fue reliquidada a través de Resolución GNR de 2016 en cuantía de \$4.227.057. De otro lado,



adujo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el afiliado fallecido había cotizado más de 300 semanas (Fls. 3 a 18 archivo 01).

1.3 Contestación de la demanda:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que el causante falleció el 29 de enero de 2012 y según la historia laboral, solo cotizó hasta el 30 de abril de 2000, por ende, no acredita los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, esto es, no acredita 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años anteriores al fallecimiento.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para pedir, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada. (Fls. 64 a 77 archivo 01).

Mediante auto de 25 de octubre de 2021, esta Corporación dispuso devolver las diligencias al Juzgado de origen para lo de su cargo, en tanto, se no se encontraba la audiencia que se llevó a cabo el 5 de marzo de 2020, que corresponde a la preceptuada en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., la cual se reconstruyó nuevamente el 25 de octubre de 2022. (Fls. 146 a 147 archivo 01 y archivos 08 y 09).

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de mayo de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la promotora.



Para arribar a tal conclusión, el *a-quo* expuso que no es objeto de controversia la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida del señor RICARDO ANTONIO ÁLVAREZ SIACHOQUE, la fecha del fallecimiento el 29 de enero de 2012, y la calidad de beneficiaria de la demandante, por cuanto ya le había sido reconocido indemnización sustitutiva.

Señaló que la normativa a aplicar al caso es la vigente a la fecha del óbito, esto es, el numeral 2º artículo 12 de la Ley 797 de 2003, acorde con la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia; por tanto, al verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el referido canon, no encontró acreditadas las cincuenta (50) semanas cotizadas con anterioridad al fallecimiento del afiliado, iterando que ello ocurrió el 29 de enero de 2012; precisando que si bien el expediente administrativo aportado al proceso corresponde a la actora y no al afiliado, también lo es que la entidad demandada aceptó los hechos referentes al número de semanas cotizadas por el causante, lo que igualmente se colige con el reporte de semanas cotizadas en pensiones que milita a folios 22 a 32 del plenario, del cual observa que realizó cotizaciones entre el 30 de septiembre de 1971 al 30 de abril de 2000.

Señaló que, al estudiar la prestación pensional deprecada en aplicación al principio de la condición más beneficiosa conforme lo preceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que da cuenta que se puede recurrir a la norma inmediatamente anterior, que esos efectos jurídicos van hasta el 29 de enero de 2006, así se tenía que la muerte se produjera entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y dado que el deceso del causante ocurrió en 2012, tampoco es posible aplicar dicho principio, reiterando que tampoco se acreditó el número de semanas exigidos.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno,



debe surtir el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV- CONSIDERACIONES:

3.1 Problema jurídico:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde en esta instancia resolver si el señor RICARDO ANTONIO ÁLVAREZ SIACHOQUE dejó causada la pensión de sobrevivientes. En caso afirmativo, se estudiarán las condenas a fulminar y se determinará si procede la condena frente a los intereses de mora contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o la indexación de las sumas reclamadas.

3.2. De la causación de la pensión de sobrevivientes:

Al descender al *sub examine*, se advierte que en el presente asunto no es objeto de discusión que el causante tenía la calidad de afiliado a la entidad accionada y no de pensionado, tampoco fue objeto de censura que la actora es beneficiaria de la prestación, pues la demandada la reconoció como tal al haberle otorgado la indemnización sustitutiva en la Resolución GNR 57204 de 2015, la cual fue reliquidada por a través de Resolución GNR de 2016, según consta a folios 38 a 47 del archivo 01.

Tampoco es materia de discusión que el señor RICARDO ANTONIO ALVAREZ SIACHOQUE falleció el 29 de enero de 2012, según se acredita con el registro civil de defunción (Fl. 22 archivo 01); por tanto, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida sería la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento lo sería el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Conforme al precepto en cita, más exactamente en su numeral 2º, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Según la historial laboral emitida por COLPENSIONES a nombre del causante el 28 de septiembre de 2017 y que reposa en el expediente (Folios 35 a 37 archivo 01 y folios 105 a 107 archivo 02, el causante cotizó en total 980,04 semanas al extinto ISS del 30 de septiembre de 1971 al 17 de abril de 2000. Como la última cotización del afiliado fallecido se dio en abril de 2000 y falleció el 29 de enero de 2012, palmario es que no lograr acreditar las 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la muerte, de lo que se colige que no se cumplió con lo dispuesto en la norma antes citada, conforme lo concluyó el Juez de primer grado.

3.2.1 De la condición más beneficiosa:

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 797 de 2003, conforme lo analizó el *a quo*, la Sala estudiará el principio de la condición más beneficiosa contemplado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T., en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.

Con fundamento en el principio señalado, la aplicación de la condición más beneficiosa no faculta que para reconocer el derecho, se acuda a cualquier norma que haya regulado el caso previamente, sino únicamente a la inmediatamente anterior, por lo que no le es posible al Juez realizar un examen histórico de las legislaciones, con el objetivo de encontrar la que sea más benéfica a los intereses de las partes, así lo ha expuesto el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencia SL078-2023.

Es por ello que, en este caso sería lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de

1993, el cual en su texto original señala en su numeral 2º que, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste se encuentre cotizando al sistema y hubiere aportado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte; o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Al verificar el historial laboral que se allegó al proceso por parte de la actora, se observa que el *de cujus* cotizó en total 980,04 semanas al extinto ISS del 30 de septiembre de 1971 al 30 de abril de 2000. Como la última cotización del causante se dio en abril de 2000 y falleció el 29 de enero de 2012, diáfano es que no era cotizante activo, de modo que, no logró acreditar las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, pues tampoco tenía cotizaciones, de lo que se colige que no se cumplió con lo dispuesto en la norma anteriormente mencionada.

Fundamento de lo expuesto, es lo sentado por el órgano de cierre de esta especialidad, el cual estableció la posibilidad de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, siempre que entre la fecha de la muerte y la entrada en vigencia de la nueva norma se cumplieran los requisitos de la disposición anterior, así lo indicó en sentencia SL2538-2021, Radicación No. 87732 de 9 de junio de 2021, la cual se trae a colación a efecto de precisar las reglas desarrolladas jurisprudencialmente, para casos como el que nos ocupa:

“Ese criterio fue reiterado en múltiples decisiones, luego precisado y limitado por esta Corporación, para el caso de la pensión de sobrevivientes, en la sentencia CSJ SL4650-2017, en la que se señaló:

3. Recapitulación

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez (sic) [sobrevivientes], en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio

normativo

- a) *Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) *Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.*
- c) *Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) *Que al momento de la (sic) fallecimiento estuviese cotizando, y*
- e) *Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.*

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) *Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) *Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.*
- c) *Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) *Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y*
- e) *Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.*

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.”

Acorde con lo anterior, y tal como lo sostuvo el fallador de primera instancia en el presente asunto no resulta procedente la aplicación de la condición más beneficiosa, en desarrollo del tránsito legislativo que se dio entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por cuanto el asunto que concita la atención de la Sala en esta oportunidad no se encuentra enmarcado dentro de ninguno de las pautas establecidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se reseñaron anteriormente,

De ahí que no sea posible dar paso al reconocimiento pensional deprecado, pues como lo ha sostenido el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, entre otras en sentencia SL2429-2021, al operador judicial no le es posible hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia a fin de establecer cuál se ajusta a las condiciones particulares del causante o le es más favorable, pues con ello se ignora que las leyes sociales son de aplicación inmediata y rigen a futuro, luego un estudio bajo la egida de lo normado en el acuerdo 049 de 1990 sobre la materia, no es posible.



En estos términos, la decisión del Juez de primer grado resulta acertada y debe ser confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia de primera instancia proferida el 26 de mayo de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 11 2019 00684 01
Demandante: RAFAEL CUBILLOS LÓPEZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALMANZA NÚÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.018.456.532 y T.P. 273.998 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor RAFAEL CUBILLOS LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que se llevara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., de allí que se le ordene a esta última trasladarlo nuevamente al régimen público, junto con el saldo que posea en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

En forma subsidiaria, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., ordenándosele a esta última trasladar a COLPENSIONES el saldo que obre en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de julio de 1997, así como que, el 28 de agosto de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su caso por PORVENIR S.A.

Que el traslado al régimen privado se llevó a cabo al habersele inducido al error por parte de representante en su momento de PORVENIR S.A., toda vez que nunca se le informó cuál sería el capital necesario para que pudiese ser beneficiario de la pensión de vejez, cuáles eran los requisitos para la obtención de la pensión mínima, no se le dijo nada acerca de la devolución de saldos, no le fue suministrado un cálculo sobre la pensión que se le reconocería en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en términos generales las diferencias y características que componen cada uno de los regímenes pensionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. se llevó a cabo bajo todos los requisitos legales establecidos, sin que exista prueba de que la AFP lo hubiese hecho incurrir en algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo.

Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. adujo en su contestación que como da cuenta el formulario de afiliación del demandante, la misma se llevó a cabo después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales individuales, donde se observa la declaración escrita de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 144 del C.G.P. y el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

En este punto, pone la Sala de presente que el proceso inicialmente fue conocido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, en virtud de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y PCSJA20-109 del 31 de diciembre de 2020 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura, remitió el asunto al Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, con la finalidad que continuar el trámite procesal correspondiente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



Fue por ello que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que **RAFAEL CUBILLOS LÓPEZ** realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberán devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros o recursos que le sean trasladados del RAIS.

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

QUINTO: COSTAS a cargo de **PORVENIR S.A.** y en favor del demandante. señalando como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con el superior **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en los términos señalados en precedencia con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S, en lo desfavorable a **Colpensiones**.”

Para arribar a dicha conclusión, indicó el fallador de instancia que conforme lo ha venido exponiendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, es obligación de los fondos de pensiones suministrar la debida



información a sus potenciales afiliados desde el momento en que se efectúa un traslado o cambio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, en el entendido que permita un traslado libre y voluntario, en tanto, tal actuar puede trazar el futuro pensional del afiliado, y de no darse tales presupuestos se configura la ineficacia del traslado a la luz de lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, concluyó que las AFP aquí demandadas no demostraron el deber de información y buen consejo para con la demandante, carga probatoria que por demás se encuentra reglado en el artículo 167 del C.G.P., máxime si se tiene en cuenta que la demandante no confesó haber recibido información pormenorizada sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, pues el simple formulario de afiliación no logra probar la debida información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que con las pruebas que reposan dentro del plenario, se aprecia que el demandante solicitó el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2019, esto es, que le faltaban menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para el reconocimiento de la prestación por vejez, de ahí que se configurara la prohibición legal de retorno en los términos preceptuados en la Ley 100 de 1993.

Que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, teniendo en cuenta que según los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad recaiga en cabeza de las AFP en demostrar la debida información suministrada al potencial afiliado al momento del traslado, situación que no se acompasa con la legalidad, toda vez que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse como lo regula el Decreto 2241 de 2010, máxime si se tiene en cuenta que el actor tuvo una permanencia dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se puede concluir la información consiente que le asistió de permanecer allí.



En último, refirió que debe respetarse el principio de la sostenibilidad financiera, así como que en caso de confirmarse en esta instancia la sentencia primigenia, se disponga toda la contingencia del demandante dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debidamente indexada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto



de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento,*



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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 28 de agosto de 1995 (Fls. 31 y 264 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, el aquí demandante señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al



momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que el empleador de entonces con quien trabajaba le indicó que el ISS se extinguiría, de allí que realizara el traslado, pero sin que PORVENIR S.A. advirtiese características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.



Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque



los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.



Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por los que la decisión de primera instancia habrá de adicionarse de manera parcial.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado




JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 12 2021 00509 01
 Demandante: CARLOS RONCERÍA PÉREZ
 Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del

traslado llevado a cabo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la encartada PORVENIR S.A., por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración por parte de esta última, al no haber suministrada una información cierta, clara y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias que implicarían el traslado conforme los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos financieros, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y una vez reciba las correspondientes contingencias, proceda a corregir y actualizar la historia laboral, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que se afilió al sistema general de seguridad social en pensiones dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 6 de junio de 1989, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de marzo de 1999 por intermedio de PORVENIR S.A., afiliación que no estuvo precedida de la suficiente información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado efectuado.

Seguidamente, expuso que al momento del traslado resultaba importante que PORVENIR S.A. informara sobre el año de gracia que concedió el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, el cual reglamentó el Artículo 13 Literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, mismo que permitía a los afiliados que les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de tener derecho a la pensión de vejez, trasladarse de régimen por una única



vez antes del 28 de enero de 2004, situación que en el caso que nos ocupa no aconteció.

Asimismo, indicó que PORVENIR S.A. debió informarle sobre la imposibilidad para trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para pensionarse.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, bajo el entendido que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, de allí que se evidencie que la AFP encartada haya llevado a cabo una asesoría ajustada a derecho.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. refirió en su contestación que al momento de que el demandante suscribió el formulario de traslado ante sus dependencias, recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, presentándosele a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual existe de manera paralela con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia y a los cuales se le atribuye la carga de informar a sus afiliados todas las características y condiciones propias de su sistema, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

En igual sentido, refirió que al demandante se le informó de manera clara, oportuna, suficiente y cierta las condiciones de las operaciones, de los servicios ofrecidos y de cada una de las prestaciones económicas que regula la ley.



Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ, identificado con C.C. No 19.457.764 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 13 de enero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición.

Asimismo, sostuvo que el hecho de que el formulario de afiliación consigne que la misma se llevó a cabo de manera libre, voluntaria e informada, no soporta la satisfacción del traslado.

Por tal razón, la *a-quo* concluyó que en el asunto de marras PORVENIR S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de sus regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, carga probatoria plenamente demostrativa en cabeza de PORVENIR S.A., por lo que la ineficacia se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implican la ineficacia del traslado, arguyó que tal situación trae consigo que PORVENIR S.A. se obligue a trasladar a COLPENSIONES las contingencias que reposen dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante; igualmente, que esta última reciba los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tópico que por demás también se encuentra analizado por el Órgano de cierre, consecuencias que en nada afectan la estabilidad financiera de la referida COLPENSIONES puesto que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP de los rendimientos financieros destinados a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses según lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, y demás rubros que posea el



actor en su cuenta de ahorro individual, con los cuales COLPENSIONES en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar.

Que en igual sentido, en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, PORVENIR S.A. debe asumir de su propio patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado en la medida que el accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó, que ahí que esta encartada deba devolver dichos gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al demandante durante su permanencia en esta.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Indicó en su alzada que si bien existe un precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que atañe a la declaratoria de ineficacia del traslado, el mismo no debe ser aplicado de manera automática a todos los asuntos, sino que debe analizarse cada caso en particular, situación que no aconteció dentro del presente asunto, como quiera que el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informado, todo de conformidad con la normativa vigente para el momento del traslado, pues para el año 1999 no se exigía una información que fueran reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

Que con independencia de la información suministrada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las mismas se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier tiempo el contenido de la información otorgada, máxime si el actor debió actuar con mayor diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, aunado a que el actuar como administradora pensional siempre ha estado revestido de buena fe y de manera objetiva.



De otro lado, solicita la revocatoria de la indexación sobre los valores objeto de condena, ya que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, como quiera que en decisiones emanadas por los Tribunales de los Distritos Judiciales de Cali y Cundinamarca, se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Por su parte COLPENSIONES solicitó en su alzada revocar la condena, argumentando que debe existir correspondencia entre voluntades, es decir, que la realidad es un reflejo de lo que aparece firmado, situación que se concreta en este caso debido a que la suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, el cual ha perdurado con una permanencia superior a 20 años.

Que tampoco dentro del interrogatorio de parte practicado por el demandante se manifestó que se hubiese elevado algún tipo de queja o inconformidad acerca del manejo de sus aportes, adicional a que el actor no se encuentra dentro de las prerrogativas de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que la declaratoria del traslado atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema.

Finalmente, solicita la revocatoria de costas procesales en virtud a que dentro de su labor misional está la de conceder o negar este tipo de traslados con apego a la normatividad vigente, por lo que al encontrarse el demandante dentro de la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, se impidió acceder a las pretensiones incoadas dentro del líbello demandatorio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga

reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones*

deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 13 de enero de 1999 (Fl. 27 – PDF 07 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor CARLOS RONCERÍA PÉREZ en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que el asesor de entonces le indicó que el ISS se extinguiría, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no

hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del*

traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse, tópico que a su vez conlleva a que no resulte de asidero lo expuesto por PORVENIR S.A.



En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada COLPENSIONES con relación a la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir las contingencias que reposan en la cuenta individual de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debidamente indexadas; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

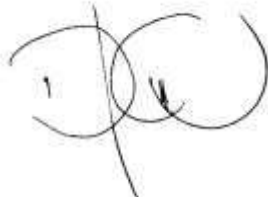
V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

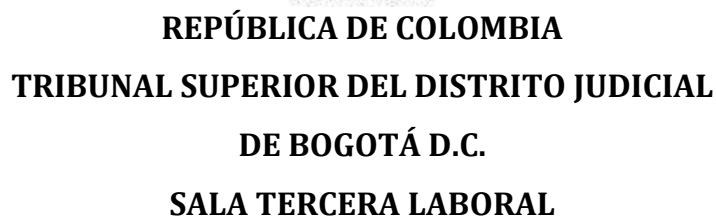


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ELÍAS SÁNCHEZ JAIME promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se le ordene a COLFONDOS S.A. devolver con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de su



afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses.

Por último, pretende que se le condene a COLPENSIONES continuar con su afiliación dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que inició cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 15 de marzo de 1982. Que el asesor de la AFP para el momento del traslado de régimen pensional no le suministró información necesaria para adoptar dicha decisión, de allí que lo hubiese hecho inducir al error.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. arguyó en su contestación que la información suministrada al demandante para trasladarse ante sus dependencias fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, así como que le fue informado que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación. Igualmente, sostuvo que se le suministró una información objetiva sobre ambos regímenes pensionales, entre ellos los cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, valides de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

COLPENSIONES por su parte expuso en su contestación que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal previsto en la Ley 797 de 2003, así



como que, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en el entendido que la afiliación al sistema general de pensiones debe ser libre y voluntaria, tales circunstancias deben presumirse como plenamente cumplidas al momento de que el actor firmó el correspondiente formulario de afiliación, el cual para la fecha del traslado cumplía con las condiciones de que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

El Juzgado *a-quo* en diligencia llevada a cabo el 8 de noviembre de 2022 y en aras de garantizar el debido proceso, dispuso la vinculación al presente trámite a PROTECCIÓN S.A. por ser una de las administradoras pensionales a las que el demandante se afilió dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por tal razón, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda indicando que el demandante tuvo como primera afiliación dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la llevada a cabo a través de la extinta AFP DAVIVIR el 18 de junio de 1997, luego de ser informado acerca de las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, la forma de adquirir una pensión entre uno y otro, las consecuencias que producirían el traslado y todos los aspectos necesarios para que el mismo pudiese tener claridad con relación a su panorama pensional, para así adoptar libremente la decisión de vincularse en el régimen privado.

Impetró como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los



actos de relacionamiento al caso concreto y la denominada traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la ADMINISTRADORA PROTECCION y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP COLFONDOS donde actualmente se encuentra afiliado el señor demandante trasladar a la Administradora del régimen de prima media COLPENSIONES los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y el bono pensional si ya está acreditado en la cuenta, a COLPENSIONES a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCION que traslade lo correspondiente a los gastos administrativos previstos en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, junto con las comisiones que haya descontado de la cuenta de ahorro individual del señor demandante en el tiempo que lo tuvo como afiliado con destino a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCION para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023. Respecto a Colfondos y Colpensiones SIN COSTAS.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones y la orden que está dando de reactivar o recibir nuevamente la afiliación al señor demandante si no, fuere apelada la presente decisión se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.”

Para arribar a dicha conclusión, indicó que conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 el asunto como el presente debe analizarse a la luz de la ineficacia del traslado y no de nulidad.



Asimismo, que atendiendo los postulados jurisprudenciales, le ataño a las AFP demostrar que al momento de la suscripción del formulario de la afiliación, hubiese suministrado una asesoría sobre las ventajas y desventajas entre cada uno de los regímenes pensionales, situación que no logró ser probada por PROTECCIÓN S.A. al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., pues el simple formulario de afiliación no suple dicha situación, máxime si se tiene en cuenta que el demandante en el interrogatorio de parte rendido nada advirtió sobre una asesoría ajustada a derecho conforme lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ante la declaratoria de la ineficacia, el a-quo también dispuso trasladar lo correspondiente a los aportes, rendimientos, gastos de administración previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las comisiones descontadas y en caso de existir un bono pensional el valor del mismo, pero sin retornar lo concerniente al seguro previsional en la medida que dichos rubros son recursos que prevé la ley destinados a unos terceros como son las aseguradoras, las cuales tienen como fin proteger las contingencias de invalidez y muerte del aquí demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo ateniendo a la orden de reintegro de recursos ante sus dependencias, bajo el entendido que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado también debe proceder lo correspondiente a la devolución por concepto de seguros previsionales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación que suscribiera el demandante con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 18 de junio de 1997 y con la AFP COLFONDOS S.A. el 8 de abril de 2002 (Fl. 63 - PDF 01 –DEMANDA y Fl. 53 PDF 16 – CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otro lado, en el interrogatorio de parte al demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informado para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por el contrario, lo que expresó fue que se le afilió con ocasión a que asesores de DAVIVIR se acercaron al lugar donde se encontraba laborando en ese entonces manifestándole que el ISS se extinguiría, por lo que sería más beneficioso amparar la contingencia pensional en el régimen privado, pero sin que se le hubiese brindado una asesoría como por ejemplo acerca de las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, o características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, entre otros.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido y se ordenará a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. devolver también dentro de sus contingencias lo concerniente a los seguros previsionales.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales

restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*



Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Adicionalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará la orden emitida en primera instancia, retornando incluso todos los emolumentos de manera indexada

SIN COSTAS en esta instancia, como quiera que el recurso interpuesto por COLPENSIONES gozó con vocación de prosperidad al retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todo concepto de seguros previsionales debidamente indexado.

V. DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Quince Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder el restante de las AFP llamadas a este juicio frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

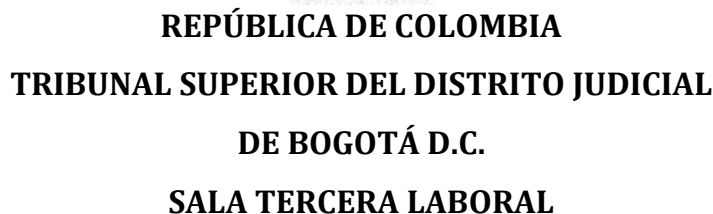
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

1



1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARINA MORENO GAMBA actuando en nombre propio y en representación de Danna Lizeth Vargas Moreno promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de sobrevivientes, tomando como base la totalidad de semanas cotizadas por el causante, se pague el retroactivo a que tiene derecho LUZ MARINA MORENO GAMBA a partir de 24 de diciembre de 2007, debidamente indexado, se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que desde el 1º de junio de 1995 hasta el 24 de diciembre de 2007, día del fallecimiento del señor PUBLIO ANTONIO ANGELINO VARGAS, cotizó más de 166 semanas al sistema de seguridad social en pensiones, las que en revisión posterior ascendieron a 182.87 semanas; además expusieron que desde septiembre de 2006 hasta el día del óbito del causante aquel acreditó 67 semanas, cumpliendo así con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y dejando causada la pensión de sobrevivientes a favor de las demandantes.

Seguidamente, adujo la demandante principal que el 27 de febrero de 2008 solicitaron a la encartada la pensión de sobrevivientes con la indexación de las sumas adeudadas, en su condición de cónyuge e hija del afiliado fallecido, y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir 24 de diciembre de 2007, petición que fue denegada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 8 de abril de 2008, mediante Resolución No. 016900 de 2008, por considerar que no se cumplió con el requisito de las semanas cotizadas por el causante, reconociendo la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, la cual no fue reclamada por la activa.



Agregó que ante esa decisión interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación el 13 de junio de 2008, y dado que no fueron resueltos en tiempo, debió interponer acción de tutela y presentar memoriales para que fueran desatados, así las cosas, a través de Resolución No. 030 de 9 de junio de 2009 se resolvió el de reposición se modificó el acto administrativo atacado, en el sentido de reliquidar el monto de la indemnización, y mediante Resolución No. 006655 de 30 de noviembre de 2009, resolvió el de apelación confirmando la Resolución No. 016900 de 2008, reiterando que no reclamaron la indemnización reconocida y que además la entidad accionada había negado el derecho sin validar los pagos realizados por el empleador del causante hasta diciembre de 2007.

Relató que el 27 de noviembre de 2017 solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor y el de su menor hija, la cual fue resuelta el 3 de enero de 2018 mediante Resolución SUB564 de 2018 en la que reconoció y pago la prestación pensional deprecada a partir del 27 de noviembre de 2014 en los porcentajes y términos indicados en dicho acto administrativo.

Decisión ante la cual presentaron recursos de reposición y apelación el 29 de enero de 2018, en los que solicitó que la pensión les fuese reconocida desde el 24 de diciembre de 2007, junto con el pago de los intereses moratorios, ante lo cual la demandada al resolver los recursos en comento, mediante Resolución SUB43985 de 21 de febrero de 2018 modificó la resolución SUB564 de 2018, negando el retroactivo a la cónyuge LUZ MARINA MORENO GAMBA, al no haber interrumpido la prescripción respecto de la petición elevada el 27 de febrero de 2008 y la que formuló el 27 de noviembre de 2017, empero, si reconoció a favor de su hija el retroactivo desde la fecha de fallecimiento del afiliado, decisión que fue confirmada en Resolución DIR 5252 de 12 de marzo de 2018, misma en la que confirmó la negativa respecto del pago de los intereses moratorios y además, no reconoció las últimas semanas cotizadas por el causante, esto es, hasta diciembre de 2007. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no se cumplen los requisitos de ley para acceder a la prestación deprecada, en consecuencia, no ha entrado en mora alguna frente al reconocimiento pensional.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (Archivos 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de DANNA LIZETH VARGAS MORENO los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas a su favor desde el 27 de abril de 2008 y hasta el 26 de noviembre de 2014, los cuales se liquidarán sobre estas mesadas hasta el 28 de febrero de 2018. Asimismo, absolvió a la demandada frente a las pretensiones elevadas por la demandante LUZ MARINA MORENO GAMBA, declarando probadas las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la pasiva a favor de DANNA LIZETH VARGAS MORENO y a la demandante LUZ MARINA MORENO GAMBA a favor de COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia expuso que era menester analizar la situación de cada una de las gestoras de manera individual, además, precisó que no era objeto de discusión en el presente trámite procesal, que el señor PUBLIO ANTONIO ANGELINO VARGAS falleció el 24 de diciembre de 2007 y que con ocasión del deceso se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora LUZ MARINA MORENO GAMBA, en nombre propio y de su menor hija DANNA LIZETH VARGAS MORENO el 27 de febrero de 2008, la cual negada mediante Resolución No. 016900 de 8 de abril de 2008, ante los cual interpuso los recursos de ley, los cuales fueron desatados a través de las Resoluciones No. 030 de 9 de junio de 2009 y No. 006655 de 30 de noviembre de 2009, los que



modificaron el valor de la indemnización y confirmaron en lo demás la decisión atacada.

Más adelante, la demandante el 26 de diciembre de 2017 solicita se estudie de nuevo su derecho pensional, expidiéndose la Resolución SUB564 de 3 de enero de 2018, la que reconoció y dispuso el pago de la prestación pensional deprecada a partir del 27 de noviembre de 2014, aplicando la prescripción, decisión que se repuso la entidad demandada en Resolución SUB4 3985 de 21 de febrero de 2018 negando el retroactivo a la cónyuge y ordenando el pago de la pensión desde el 24 de diciembre de 2008 a la hija, la que fue confirmada en Resolución DIR 5252 de 12 de marzo de 2018.

De cara a lo anterior, al analizar como problema común de las actoras la pretensión relacionada con la reliquidación de la pensión reconocida, teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas por el causante, trajo a colación el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 el que indica como se liquida la pensión de sobrevivientes del afiliado fallecido, concluyendo que hasta las 500 semanas el porcentaje base para liquidar no se afecta, de modo que, al ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente la mesada establecida, ello conlleva a ajustar el valor de la pensión sobre el salario mínimo, absolviendo de tal pedimento a la demandada, pues sobre ese valor se reconoció en su momento.

Al analizar el fenómeno prescriptivo conforme los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., frente a las mesadas reclamadas por la señora LUZ MARINA MORENO GAMBA, concluyó que desde la petición que elevó 27 de febrero de 2008 frente a los cuales se resolvieron los recursos de ley en 2009, mediante las resoluciones que se trajeron a colación, aclaró el *a-quo* que la negativa de la entidad en esa oportunidad nada tuvo que ver el tema de las semanas, pues el motivo de la entidad para negar la prestación se debió a la fidelización al sistema del causante que para la época exigía el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma que analizaba la prestación de sobrevivientes, precepto legal que fue declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-556 de 2009.

En cuanto a los intereses moratorios, señaló que la promotora el 26 de diciembre de 2017, solicitó la pensión, precisando que el término para resolver las pensiones de sobrevivientes es de dos meses, petición que fue resuelta en dicho lapso, según la Resolución SUB564 de 3 de enero de 2018, en la que se reconoció la pensión, por lo que no había lugar al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, absolviendo de tal pretensión a la encartada.

Frente al pago de los intereses moratorios respecto de la hija de la actora, hizo mención a los artículos 1504 y 2530 del C.C. al analizar el fenómeno prescriptivo respecto, señalando que no procedía tal efecto, pues solo alcanzó la mayoría de edad en el año 2022, advirtiéndole que la demandada le había reconocido el retroactivo desde el 24 de diciembre de 2007 al 26 de noviembre de 2014, momento en el que fue incluida en nómina, luego, al haberse solicitado la pensión el 27 de febrero de 2008, la entidad tenía hasta el 27 de abril de 2008 para reconocer la prestación, por lo que condenó al pago de los intereses sobre el 50% del valor total de las mesadas que le fueron reconocidas desde el 27 de abril de 2008 hasta el 26 de noviembre de 2014, liquidados hasta el 28 de febrero de 2018, ya que el pago del retroactivo entró en su peculio en marzo de ese año.

Declaró probadas las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación frente a la demandante LUZ MARINA MORENO GAMBA e igualmente la condenó en costas a favor de COLPENSIONES y condenó en costas a esta entidad a favor de la demandante DANNA LIZETH VARGAS MORENO.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló, frente a la condena relacionada con el pago de los intereses moratorios a favor de DANNA LIZETH VARGAS MORENO, aduciendo que en este caso debía operar el fenómeno prescriptivo respecto a esta gestora, teniendo en cuenta que ya es



mayor de edad, por lo que no se le puede aplicar la imprescriptibilidad contemplada en el Código Civil cuando era menor de edad.

Además, de acuerdo a la reclamación administrativa se termina el 12 de marzo de 2018 con la Resolución DIR 5252 de 12 de marzo de 2018, y la demanda se radicó el 19 de marzo de 2021, operando la prescripción para esta demandante, por lo que solicita se revoque la condena emitida en tal sentido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se estudia el presente asunto en favor de COLPENSIONES, así como del recurso interpuestos por dicha demandada, la Sala analizará si resulta procedente la condena de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se impuso en primera instancia a favor de la hija del causante, en caso positivo se debe establecer la fecha de su pago.

c. Del reconocimiento pensional:

Previo a abordar el planteamiento jurídico a resolver, conviene precisar que en esta instancia no fue objeto de controversia que el señor PUBLIO ANTONIO ANGELINO VARGAS falleció el 24 de diciembre de 2007, por lo que la actora en su condición de cónyuge y su menor hija se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes el 27 de febrero de 2008, la cual fue denegada mediante Resolución No. 016900 de 8 de abril de 2008, aduciendo que el afiliado no



acreditaba las semanas y el requisito de fidelización exigido por las normas vigentes para la época.

Además, que ante tal decisión interpuso los recursos de reposición y apelación, decidiéndose el primero a través de la Resolución No. 030491 de 9 de julio de 2009, en la que se modificó el valor de la indemnización reconocida en la resolución atacada, e igualmente se precisó que el afiliado sí acreditaba el requisitos de las cincuenta semanas exigidas en los tres años anteriores al deceso, sin embargo, no alcanzaba el presupuesto de fidelidad que exigía la ley, decisión que fue confirmada en la Resolución 006655 de 30 de noviembre de 2009.

Asimismo, que la demandante el 26 de diciembre de 2017 solicita nuevamente se estudie lo referente al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB564 de 3 de enero de 2018, a partir del 27 de noviembre de 2014 aplicando la prescripción, decisión que repuso parcialmente la entidad demandada en Resolución SUB43985 de 21 de febrero de 2018, en la que ordenó el pago del retroactivo a favor DE DANNA LIZETH VARGAS MORENO desde el óbito del causante, es decir, desde el 24 de diciembre de 2007 hasta el 26 de noviembre de 2014 y mantuvo lo atinente a la prescripción frente a la cónyuge, decisión que mantuvo en la Resolución DIR 5252 de 12 de marzo de 2018. (Folios 36 a 42, 76, 84 a 102, 110 a 118, 136 a 143 y 153 archivo 03 y archivo 25 expediente administrativo).

En otro giro, debe precisar esta Colegiatura que si bien la parte actora en el *petitum* solicitó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le había sido reconocida en monto inicial del salario mínimo mensual legal vigente, el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las mesadas reconocidas por la encartada, pedimentos respecto de los cuales el fallador de instancia absolvió a la enjuiciada sin que la demandante manifestara inconformidad alguna, motivo por el cual esta Colegiatura no efectuará estudio alguno sobre esos aspectos.

d. De los intereses moratorios:

De otro lado, vale cabe memorar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece frente a los intereses de mora que a *“partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

A su vez, la Corte Suprema de Justicia al analizar la procedencia de los intereses moratorios en casos en que no se acreditó el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema general de pensiones previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, expuso en sentencia SL4244-2020 Radicación No. 74089 de 4 de noviembre de 2020, lo siguiente:

“La Sala debe definir si el Tribunal se equivocó, en tanto condenó a la AFP accionada a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. La recurrente asegura que la negativa a conceder la prestación, estuvo soportada en el precepto legal vigente a la fecha de la muerte del afiliado, que exigía la fidelidad de aportes al sistema de seguridad social.

Para resolver, cumple recordar que en asuntos similares al que hoy ocupa la atención de la Sala, en los que se discutió el derecho a la pensión de sobrevivientes fundado en la ausencia de la aludida exigencia, se estimó que los intereses moratorios resultaban improcedentes, dado que el reconocimiento fue producto de la inaplicación de la norma vigente para la fecha de la muerte del afiliado, avalada por el criterio jurisprudencial que surgió con posterioridad a la negativa de la prestación. Así, entre otras, en la sentencia CSJ SL779-2018, se adocrinó:

En casos en que se debate el derecho a la pensión por la ausencia del requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corporación ha acogido el criterio de que los intereses moratorios resultan improcedentes, dado que el reconocimiento pensional se ordena por la inaplicación de la aludida exigencia, pues la actuación de la AFP demandada estaba amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por los interesados (CSJ SL5863-2014).

Sobre el tema en cuestión, esta Sala a través de sentencia CSJ SL10504-2014, precisó:

En el sub lite procede entonces la exoneración de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues como se dejó suficientemente

explicado con ocasión del recurso extraordinario, la concesión de la pensión de sobrevivientes obedeció a la inaplicación del requisito de fidelidad por su evidente contradicción con el principio constitucional de progresividad que rige en materia de seguridad social, aún antes de la declaratoria de inexequibilidad operada en sentencia CC C-556/09, lo que implicó un cambio de jurisprudencia que no podía prever la administradora demandada.

Más tarde, en sentencia SL10637-2014, señaló:

No se dispondrá el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en razón a que la entidad aplicó la normatividad que estaba vigente en ese momento para negar el derecho pensional, pues el reconocimiento de la prestación económica a la demandante se hace en virtud al nuevo criterio que viene adoptando la Sala sobre la inaplicación del requisito de fidelidad, aun frente a derechos que se causaron en vigencia de aquellas normas que consagraban tal exigencia. De ahí que se revocará la sentencia, en cuanto condenó a la demandada al pago de los referidos intereses, para en su lugar, absolver sobre ellos.

Esta postura fue reiterada, entre otras, en sentencias CSJ SL6326-2016, CSJ SL8231-2016, CSJ SL8552-2016, CSJ SL12207-2016 y CSJ SL15407-2016.

Sin embargo, como no se controvierte que fue por comunicación de 20 de noviembre de 2012, que Porvenir S.A. negó la pensión (fls. 20-21), en esta oportunidad no se abre paso la exoneración que se busca, en tanto para dicho momento la Corte ya había variado su criterio sobre el punto. Ello, ocurrió a través de la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832, por manera que no puede sostenerse válidamente que la entidad actuó bajo el amparo y en estricta aplicación del ordenamiento jurídico vigente a la fecha de la respuesta negativa.

En un caso con contornos fácticos similares al que se decide, en sentencia CSJ SL1914-2019, la Sala adoctrino:

Así pues, el argumento de la recurrente, según el cual no reconoció la pensión, dado que el requisito de fidelidad al sistema estaba vigente cuando la progenitora de los convocantes falleció, no tiene asidero, pues, se insiste, para la fecha en la que se requirió a la entidad para que otorgara la prestación, la norma que consagraba dicha exigencia ya estaba por fuera del ordenamiento jurídico y esta Sala la inaplicaba, incluso, en asuntos pensionales en los que el causante falleció con anterioridad al juicio de constitucionalidad.

Por tal razón, al exigir aquel condicionamiento, la administradora actuó en franco desconocimiento de la interpretación normativa totalmente consolidada y respaldada por la amplia hermenéutica de esta Sala, en torno al requisito de fidelidad al sistema, esbozada entre otras, en las providencias CSJ SL 42540, 20 jun. 2012, CSJ SL 42424, 10 jul. 2012, CSJ SL 42423, 10 jul.



2012 (...) todas ellas anteriores a la fecha de la reclamación elevada por los hoy demandantes.

Luego, aun cuando la norma que consagraba tal exigencia estaba vigente al momento del fallecimiento del causante, lo cierto es que la interpretación de la disposición que la contenía debía ser armónica y sistemática con las decisiones que sobre el mismo tema habían emitido la Corte Constitucional y esta Corporación a la fecha en que el derecho pensional se reclamó.” (Subrayado por la Sala).

Postura frente a la procedencia al pago de intereses moratorios en casos particulares, que ha sido reiterada en sentencias SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, y SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022, entre otras.

Bajo esta exégesis, no puede soslayarse el hecho que la prestación de sobrevivientes aquí referida fue analizada bajo la égida de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 12 de Ley 797 de 2003, vigente para la fecha del óbito del afiliado, la que además de establecer como requisito para acceder al reconocimiento de la pensión, el de acreditar 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, también señalaba que era necesario avalar el de fidelidad al sistema, el que cual como lo adujo el *a quo* fue declarado inexecutable mediante sentencia C-556 de 2009.

Requisito que como se expuso, fue el que echó de menos la entidad accionada al analizar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por la leyes vigentes para el 27 de febrero de 2008, calenda en que la gestora elevó la petición de reconocimiento de la pensión por primera vez a su favor y el de su hija, la que si bien fue negada en Resolución No. 016900 de 8 de abril de 2008, bajo el argumento de que el afiliado no acreditó las semanas y la fidelización exigida; también lo es, que en las Resoluciones No. 030491 de 9 de julio de 2009 y No. 006655 de 30 de noviembre de 2009, que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra esa decisión, la entidad aclaró que el afiliado si cumplía con las semanas exigidas, pero no con el pluricitado requisito de fidelidad.



No obstante lo anterior, y en cumplimiento al cambio normativo y jurisprudencial antes referido, la encartada reconoció la pensión de sobrevivientes a la actora y a su hija a partir del 27 de noviembre de 2014 aplicando la prescripción las dos beneficiarias, ante la solicitud que presentó por segunda vez el 27 de noviembre de 2017 según, se dijo en Resolución SUB564 de 3 de enero de 2018, decisión que fue modificada parcialmente en Resolución SUB43985 de 21 de febrero de 2018, al ordenar el pago del retroactivo a favor de la menor DANNA LIZETH VARGAS MORENO desde el óbito del causante, es decir, desde el 24 de diciembre de 2007 y hasta el 26 de noviembre de 2014 al no proceder la prescripción frente a esa menor de edad.

Dicho esto, es diáfano que en la segunda ocasión en la que la activa solicitó el 27 de noviembre de 2017 la prestación pensional de sobrevivientes a nombre de ella y de su hija, la entidad en apego al aludido cambio normativo y jurisprudencial, concedió la prestación que antes había denegado por no cumplir con los requisitos vigentes al óbito del causante, aunado a que como se indicó en la sentencia antes reseñada el órgano de cierre de esta especialidad ya había variado su criterio sobre el asunto en sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832, no siendo así para el 27 de febrero de 2008, fecha en que se itera, la gestora había presentado la petición de reconocimiento de la pensión por primera vez, reclamación que finalizó con la resolución que resolvió el recurso de apelación el 30 de noviembre de 2009.

Acorde con lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto es viable colegir que la demandada actuó bajo el amparo y en estricta aplicación del ordenamiento jurídico vigente a la fecha de la respuesta negativa, siendo improcedente en el presente asunto el pago de los intereses moratorios reconocidos por el Juez de instancia frente a las mesadas causadas del 24 de diciembre de 2007 al 26 de noviembre de 2014, a favor de la hija del causante.

Adicionalmente, tampoco se advierte mora en las mesadas reconocidas desde el 27 de noviembre de 2014 pues la petición se presentó el 27 de noviembre de 2017 y fue resuelta en la Resolución SUB 564 de 3 de enero de 2018, es decir,

dentro de los dos meses que concede la ley para resolver las peticiones por pensión de sobreviviente y los recursos de reposición y apelación fueron desatados en Resoluciones SUB43985 de 21 de febrero de 2018 y DIR 5252 de 12 de marzo de 2018. Tales motivos son los que compelen a la Sala a revocar el numeral primero de la sentencia de primer grado que condenó al pago de los intereses de mora.

Cabe destacar que si bien, no se solicita el pago de la indexación frente al retroactivo concedido a DANNA LIZETH VARGAS MORENO, pues solo se solicitó para la cónyuge, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359 de 2021, ha señalado procedente la imposición de la indexación del retroactivo pensional en forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

De esa forma, al no accederse a los intereses moratorios, procede el reconocimiento de la indexación sobre el retroactivo pensional que reconoció la entidad por las mesadas causadas del 24 de diciembre de 2007 al 26 de noviembre de 2014, conforme la formula acogida y memorada por el Alto Tribunal en el proveído CSJ SL1511-2018 y SL2836-2022, en tanto, fueron las mesadas sobre las cuales se solicitaron intereses para dicha beneficiaria.

En tal sentido, se recuerda que la parte actora solicitó el pago de la pensión de sobrevivientes el 27 de noviembre de 2017 (Fls. 6 a 24 archivo 03), la demanda fue radicada el 17 de febrero de 2021 (archivo 05); adicionalmente, se observa que DANNA LIZETH VARGAS MORENO nació el 18 de agosto de 2004, según el registro civil de nacimiento de folio 80 del archivo 03 de expediente digital, alcanzado la mayoría de edad el mismo día y mes de 2022, por lo que conforme lo normado en los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, la prescripción no puede correr para ella, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad; porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace



parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados, según se dijo en sentencia SL 30 oct. 2012, rad. 39631.

De lo anterior, se concluye que la suspensión de la prescripción por minoría de edad ocurre hasta llegar a la mayoría de edad, la cual alcanzó la hija del causante con posterioridad a la presentación de la demanda como ya se dijo, por lo que resulta del caso declarar como no probada la excepción de prescripción, lo que se acompasa con lo expuesto en sentencia SL2836-2022, Radicación No. 74260 de 22 de junio de 2022, en consecuencia, no tienen viso de prosperidad los argumentos aducidos por la impugnante en su alzada.

Con ocasión de lo hasta aquí expuesto la decisión de primera instancia habrá de revocarse de acuerdo a las consideraciones ya referidas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas 24 de diciembre de 2007 al 26 de noviembre de 2014, para en su lugar ordenar la indexación de las mismas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esa decisión.

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



TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000. a favor de la hija del causante, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized loops and a long horizontal stroke.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

A large, complex handwritten signature in black ink, featuring multiple overlapping loops and a long horizontal stroke.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a stylized 'J' and 'W' followed by a horizontal stroke.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 19 2017 00545 01
 Demandante: LUIS GUILLERMO CAMARGO AVELLA
 Demandados: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ, identificada con cédula de ciudadanía 80.282.676 y T.P. 261.451 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor LUIS GUILLERMO CAMARGO AVELLA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de condenársele a la encartada reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 y el 1º de febrero de 2015, junto con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ante el no pago oportuno de las mesadas pensionales.

Asimismo, que se le condene a COLPENSIONES pagar el incremento pensional por personas a cargo, más exactamente por su cónyuge señora CARMEN ALICIA GALVIS MUÑOZ, indexación y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 30 de noviembre de 1953, de allí que sea beneficiario del régimen de transición preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada del nuevo sistema pensional contaba con más de 40 años de edad, lo que conllevó a su vez a que radicara solicitud pensional ante COLPENSIONES el 30 de noviembre de 2013, calenda en que cumplió 60 años de edad, prestación que fue negada mediante Resolución GNR 361870 del 13 de octubre de 2014.

Que con ocasión de la anterior negativa, el 10 de noviembre de 2014 elevó recurso de reposición y subsidiariamente apelación, a lo que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015 dispuso el reconocimiento pensional bajo las prerrogativas del Decreto 758 de 1990, prestación que le fue reconocida a partir del 1º de febrero de 2015 en cuantía inicial de \$747.766, basando su liquidación en 1299 semanas y un IBL total en la suma de \$830.851, a la cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 90%.

Seguidamente, relató que inconforme con la decisión, instauró recurso de reposición y subsidiariamente de apelación argumentando que tenía derecho al retroactivo pensional a partir del 3 de diciembre de 2013, por lo que la encartada



mediante Resolución GNR 193665 del 26 de junio de 2015 desató el recurso de reposición declarándolo improcedente y, por consiguiente, negó el reconocimiento de dicho retroactivo con el argumento de que no existía novedad de retiro para el mes de noviembre de 2013.

Que al persistir la inconformidad, fue por lo que el 1º de diciembre de 2015 se elevó solicitud de reconocimiento y pago del retroactivo pensional, así como la cancelación del incremento prestacional por personas a cargo e intereses moratorios.

Indicó que contrajo matrimonio con la señora CARMEN ALICIA GALVIS MUÑOZ el 29 de enero de 1983, persona con quien ha convivido en forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa, y quien depende económicamente de él pues no trabaja ni percibe ingreso alguno. Por último, expuso que procreó a la joven ANA ISABEL CAMARGO GALVIS el 13 de septiembre de 2002.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda argumentando que al aquí demandante le fue reconocida pensión de vejez bajo las prerrogativas contenidas en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, adicional a que, en lo que atañe al retroactivo pensional, sobre el mismo no le asiste derecho al actor en la medida que de conformidad con lo estatuido en el artículo 13 del mentado Decreto 758 de 1990, para la adquisición del derecho pensional es necesaria la desafiliación del sistema general de pensiones.

Frente al pago de incrementos pensionales por personas a cargo, refirió que es una prestación económica regulada en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, pero sin que los mismos se hayan mantenido vigentes en la égida de la Ley 100 de 1993, de allí que no le asista al actor derecho alguno respecto de estos conceptos.



Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá luego de asumir el asunto proveniente del Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 declaró que el demandante señor LUIS GUILLERMO CAMARGO AVELLA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2013.

Por consiguiente, condenó a COLPENSIONES pagar al demandante la suma de \$11.540.770 por concepto de retroactivo pensional liquidado por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 y el 31 de enero de 2015 a razón de 13 mesadas anuales, autorizando a la encartada descontar del retroactivo pensional lo correspondiente a los aportes en salud, junto con el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados sobre el retroactivo pensional y que deberán pagarse a partir del 18 de junio de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago.

Asimismo, declaró probadas parcialmente las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación en lo atinente al pago de incrementos pensionales por personas a cargo, condenó en costas procesales a la encartada en la suma de un S.M.L.M.V. y la absolvió de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, en cuanto al retroactivo pensional se encuentra acreditado que el demandante nació el 20 de noviembre de 1953, cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES un total de



1297.57, siendo su último empleador BYR CONSTRUCCIONES, última quien efectuó como última cotización el mes de noviembre de 2003.

En igual sentido, sostuvo encontrarse plenamente acreditado que COLPENSIONES le reconoció al actor pensión de vejez mediante la Resolución GNR 35699 del 14 de febrero de 2015 a partir del 1º de febrero de esa misma anualidad, siendo el valor de su primera mesada pensional la suma de \$746.766, acto administrativo donde la entidad predicó que el actor era beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sumado a que acreditó un número superior a las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, de allí que le fuese reconocida la prestación por vejez bajo la égida del Decreto 758 de 1990 al ostentar 60 años de edad el 30 de noviembre de 2013.

Frente a la causación y el disfrute de la pensión, la *a-quo* indicó que debe verificarse lo establecido en los artículos 13 y 65 del Decreto 758 de 1990; por tanto, la causación emerge cuando se causan los requisitos de edad y tiempo de servicios y, en lo que atañe al disfrute, debe acreditarse la desafiliación al sistema general de pensiones, además que debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada como así lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el tendido que si bien los artículos en mención exigen la desvinculación formal, ante situaciones particulares y excepcionales los jueces deben descartar la situación del retiro del sistema.

En tal sentido, coligió que para el asunto de marras se encuentra que la última cotización del actor lo fue para el 30 de noviembre de 2013, presentando la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 3 de diciembre de la misma anualidad a efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión, de allí que se pueda colegir la voluntad del afiliado de no continuar cotizando al sistema general de pensiones, máxime si después de transcurrido un año fue que la encartada reconoció el derecho pensional mediante la Resolución GNR 35699 del 14 de febrero de 2015, conociendo allí la intención del actor de no continuar efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones.



Seguidamente, analizó lo concerniente a los incrementos pensionales por personas a cargo, manifestando que de conformidad con lo reglado en la sentencia SU140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que el referido artículo no produce efecto alguno sobre aquellas personas que hubiesen adquirido el derecho pensional a la entrada en vigencia de la mentada Ley 100, tópico que por demás fue avalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, lo que conlleva a su vez resultar impróspera esta pretensión.

Bajo la argumentación de cara a las pretensiones perseguidas por el actor, en lo que concierne a los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la falladora de instancia adujo que los mismos solo proceden en caso de mora en el pago de mesadas pensionales, de tal suerte que se deba analizar si el ente administrador desatendió el término de gracia determinado por la ley para reconocer la pensión de vejez del aquí demandante, concluyendo entonces la configuración de esa desatención a partir del 18 de junio de 2015 hasta que se haga efectivo el pago de retroactivo pensional, bajo el entendido que COLPENSIONES tenía hasta 4 meses para reconocer la solicitud de retroactivo pensional radicada el 18 de febrero de 2015, puesto que a pesar de que la encartada resolvió este aspecto a través de acto administrativo adiado el 26 de junio de 2015, sí debió otorgar ese retroactivo a razón de las consideraciones expuestas en precedencia, aunado a que los intereses moraros solamente fueron peticionados hasta el 1º de diciembre de 2015, de ahí que ante esta condena no hay lugar a acceder a la indexación deprecada.

Por último, arguyó que los derechos perseguidos por el demandante no gozan del fenómeno prescriptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo que respecta a la condena impuesta por la *a-quo* sobre el reconocimiento y pago de intereses moratorios, específicamente en lo que atañe a la fecha de causación de los intereses moratorios, pues aduce que los mismos debieron ser calculados como pago a partir del 4 de abril de 2014 teniendo en cuenta que se cumplieron con los requisitos para la pensión de vejez el 30 de noviembre de 2013 cuando finalizó sus cotizaciones, encontrándose comprobado dentro del plenario que el 3 de diciembre de 2013 elevó solicitud ante COLPENSIONES a efectos de que le fuese reconocida la prestación pensional, y tan solo hasta el 1º de febrero de 2015 dicho derecho se reconoció, de allí que los 4 meses con que contaba la encartada para resolver la solicitud fenecían el 3 de abril de 2014.

Por su parte COLPENSIONES manifestó en la alzada que no le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, toda vez que en el estudio del caso debe tenerse en cuenta que fue revocada la Resolución No. 361870 del 13 de octubre de 2014, y en su lugar reconoció una pensión de vejez al actor en cuantía de \$747.766 efectiva a partir del 1º de febrero de 2015, por no que en tratándose de la solicitud del retroactivo, se tiene que el actor acredita un total de 1299 semanas, naciendo el 30 de noviembre de 1953 y en la actualidad cuenta con más de 61 años de edad.

En tal sentido, fue por lo que la pensión de vejez fue reconocida de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 y, teniendo en cuenta lo estatuido en los artículos 13 y 35 de la normativa en mención, la causación de dicho derecho es procedente pero cuando se efectivice la desafiliación o retiro al sistema para que así se pueda entrar a disfrutar de la misma, al igual que atendiendo los criterios internos como entidad, al no existir novedad de retiro la prestación debe ser reconocida a corte de nómina como ocurrió dentro del presente asunto.

Respecto del reconocimiento y pago de los incrementos moratorios, enunció no existir sustento legal y jurisprudencial para pagarlos, ya que estos se generan como consecuencia en el pago de las mesadas pensionales reconocidas y en el



presente asunto se ha venido generando en tiempo el pago de la mesada pensional sin incurrir en mora. Asimismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el pago de estos conceptos en tratándose de reliquidaciones o reajustes no hay lugar a su cancelación.

Finalmente, encontró inconformidad sobre el pago de costas procesales, en la medida que se ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, por lo que teniendo en cuenta el inciso 5º del artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 365 del C.G.P., no hay lugar a su imposición, más aún si no existió una condena total con relación a las pretensiones perseguidas por el demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se estudia el presente asunto en favor de COLPENSIONES, así como los recursos interpuestos por las partes, por metodología en la resolución del asunto *sub examine*, la Sala abordará los siguientes planteamientos:

_ Habrá de auscultarse si resulta procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional perseguido por el demandante desde el 1º de diciembre de 2012 y el 1º de febrero de 2015.

_ De resultar abante lo anterior, se determinará si goza de prosperidad la condena de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, de surgir condena establecer la fecha precisa de su pago.



_ Igualmente se determinará si proceden las costas procesales respecto de COLPENSIONES.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos, es menester que la Sala precise:

No fue objeto de controversia que el demandante en inicio elevó petición de reconocimiento pensional el 3 de diciembre de 2013, lo que conllevó a que COLPENSIONES emitiera la Resolución GNR 361870 del 13 de octubre de 2014 por medio de la cual negó el derecho pensional al considerar que el actor contaba con un tope de semanas de 1158, de allí que al tenor de lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, no acreditara el cumplimiento de tiempo cotizado para el otorgamiento de la prestación (Fls. 24 a 26 – CARPETA 01 JUZGADO DE ORIGEN – PDF 04 ANEXOS DEMANDA).

Que el demandante el 10 de noviembre de 2014 elevó recurso de reposición y apelación en contra de la Resolución GNR 361870 del 13 de octubre de 2013 donde insistió que era merecedor de la prestación por vejez, por lo que la encartada a través de la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015 revocó el Acto administrativo primigenio, en el sentido de reconocer al accionante pensión de vejez a la luz del Decreto 758 de 1990, puesto que consideró que era beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y contar para ese momento con 1299 semanas y 61 años de edad, prestación que fue otorgada a partir del 1º de febrero de 2015 (corte de nómina), con el argumento de que el actor no acreditó la desafiliación del sistema según disposición de los artículos 13 y 35 del mentado Decreto 758 de 1990, en cuantía inicial de \$747.766 y sobre 13 mesadas pensionales al año (Fls. 27 a 36 – CARPETA 01 JUZGADO DE ORIGEN – PDF 04 ANEXOS DEMANDA).



Que el demandante elevó el 18 de febrero de 2015 recurso de reposición y apelación en contra de la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015, solicitando el pago del retroactivo pensional a partir del 3 de diciembre de 2013, recurso que fue rechazado por la entidad por falta de requisitos formales en la Resolución GNR 193665 del 26 de junio de 2015, pero a pesar de ello, en el mismo acto administrativo decidió analizar la solicitud de retroactivo como nuevo estudio la cual fue denegada, bajo el entendido que no se observaba novedad de retiro por el último empleador donde el actor había estado vinculado laboralmente (Fls. 37 a 46 – CARPETA 01 JUZGADO DE ORIGEN – PDF 04 ANEXOS DEMANDA).

Que el demandante el 1º de diciembre de 2015 elevó solicitud de incremento pensional por personas a cargo y pago de intereses moratorios ante el no pago del retroactivo pensional (Fl. 46 – CARPETA 01 JUZGADO DE ORIGEN – PDF 04 ANEXOS DEMANDA).

Que el demandante nació el 30 de noviembre de 1953, por lo que el mismo mes y día de la anualidad 2013 cumplió 60 años de edad según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 5 – CARPETA 01 JUZGADO DE ORIGEN – PDF 04 ANEXOS DEMANDA).

d. Del retroactivo pensional deprecado:

En tal contexto, precisa la Sala que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o



(ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Bajo este escenario, precisa la Sala que confrontado el historial de semanas del demandante que fuese acreditado por COLPENSIONES dentro del expediente administrativo con fecha de actualización al 16 de noviembre de 2018, junto con la copia de la cédula de ciudadanía, se aprecia que tal como lo determinó COLPENSIONES en la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015, en efecto el actor es beneficiario del régimen de transición como quiera que, al haber nacido el 30 de noviembre de 1953 a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994, contaba con 40 años de edad, al igual que cumplió con el requisito de extensión transicional dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto, al 29 de julio de julio de 2005 ostentaba 875.31 semanas, es decir, un tope superior a las 750 exigidas en el precepto normativo en comento.

Por tal razón, al cumplir 60 años de edad el 30 de noviembre de 2013 y ostentar más de 1000 semanas para dicha calenda, más exactamente 1297.57, palmario resulta ser merecedor de la pensión de vejez regulada en el Decreto 758 de 1990.

Ahora bien, como se expuso en precedencia, la súplica del retroactivo pensional pretendido por el demandante gravita en torno que al haber acreditado el cumplimiento de los requisitos mínimos para la adquisición del derecho pensional el 30 de noviembre de 2015 (edad y tiempo cotizado), COLPENSIONES al reconocer la prestación mediante la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015 no debió haberla reconocido a partir del 1º de febrero de esa anualidad (corte de nómina), a lo cual la entidad encartada arguye como mecanismo de



defensa el hecho que el demandante no acreditó la novedad de retiro del sistema general de pensiones según lo estatuido en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

Al respecto, importante es de resaltar que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad establecen:

“Artículo 13. Causación y disfrute de la pensión por vejez. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

“Artículo 35. Forma de pago de las pensiones por invalidez y vejez. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.”

También debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la administradora, ante la negativa de conceder el derecho pensional o, cuando quiera que se denote que el afiliado realizó cualquier tipo de conducta tendiente a no continuar con las cotizaciones. Criterio vertido entre otras, en la sentencia SL5603-2016, Radicación No. 47236 del 6 de abril de 2016, en la que indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.”

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de



interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”

La anterior disposición, ha sido tratada en recientes decisiones como lo son las sentencias SL5121-2020, Radicación No. 79630 del 14 de diciembre de 2020, SL5160-2020, Radicación No. 57313 del 9 de diciembre de 2020, SL1295-2022, Radicación No. 86400, entre otras.

Bajo este contexto, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, nació el 30 de noviembre de 1953, por lo que la edad de 60 años la cumplió el mismo día y mes del año 2013, realizando incluso su última cotización como dependiente del empleador BYR CONSTRUCCIONES S para el ciclo de noviembre de 2013 según da cuenta el historial de semanas allegado por COLPENSIONES, sin que para esta última calenda se hubiese presentado la novedad de retiro en los términos dispuestos en el Decreto 758 de 1990.

A pesar de lo anterior, conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y como lo determinó la *a-quo*, clara fue la intención del demandante de no continuar efectuado cotizaciones al sistema con posterioridad al mes de noviembre de 2013, calenda para la cual acreditaba de manera ostensible el número de semanas necesarias para hacerse beneficiaria del derecho pensional, incluso superiores en trascendencia como lo fue el tope de 1297.57; circunstancia por la cual, no resulta de resorte que la encartada al



expedir la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015, tan solo dispusiera reconocer el derecho con corte de nómina, máxime si se tiene en cuenta que con anterioridad, exactamente en la Resolución GNR 361870 del 13 de octubre de 2014, ni siquiera efectuó un pronunciamiento sobre el régimen de transición a fin de adquirir derechos prestacionales anteriores a la Ley 100 de 1993, inclusive se aprecia una densidad de semanas inferior a las verdaderamente cotizadas por el demandante, aspecto último sobre el cual dentro del plenario no yace justificación al respecto.

Es por ello, que la decisión de primer grado habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto, pues al ser merecedor el actor del derecho pensional al día siguiente al cumplimiento de los requisitos pensionales, es merecedor del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 y el 31 de enero de 2015 teniendo en cuenta 13 mesadas pensionales al año, lo que arroja un valor total a pagar en la suma de \$11.540.770, monto respecto del cual se autoriza a COLPENSIONES efectuar los correspondientes descuentos en salud.

En lo que respecta a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES sobre el retroactivo pensional deprecado, la Sala advierte que no se configuró prescripción alguna, como quiera que el demandante presentó primera solicitud de derecho pensional el 3 de diciembre de 2013, que fue resuelta de manera negativa por la encartada mediante la Resolución GNR 361870 del 13 de octubre de 2014 y notificada el 28 de octubre de 2014, sobre la cual el actor interpuso recurso de reposición el 10 de noviembre de 2014 que se resolvió a través de la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015, última que fue notificada el 14 de febrero de 2015.

Significa ello que entre el 3 de diciembre y hasta el 14 de febrero de 2015 cuando se resolvieron los recursos respectivos, el término de prescripción se suspendió, por lo que al presentarse la demanda el 24 de agosto de 2017 como da cuenta la correspondiente Acta individual de reparto, palmario resulta que no operó el término trienal de prescripción de ninguna de las mesadas pensionales objeto de



pago de retroactivo pensional de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., junto con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

También es menester poner de presente que si bien el demandante sobre la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015 interpuso recurso de reposición el 18 de febrero de 2015, el mismo fue rechazado por la encartada al emitir la Resolución GNR 193665 del 26 de junio de 2015, sin que esa decisión fuese reprochada por el actor; tanto así, que en el mentado acto administrativo COLPENSIONES atendió el referido escrito del 18 de febrero de 2015 como una nueva solicitud, de allí que la Sala no tenga en cuenta esta resolución para el análisis prescriptivo.

e. De los intereses moratorios:

Vale la pena advertir en primer lugar que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).



En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022, entre otras.

Bajo esta exégesis, a criterio de la Sala la condena por concepto de intereses moratorios impuestos en primer grado habrá de confirmarse, pues resulta desorientado que COLPENSIONES luego de que el demandante hubiese elevado el 3 de diciembre de 2013 una primera solicitud de reconocimiento pensional, a través de la Resolución GNR 361870 del 13 de octubre de 2014, esto es, después de 10 meses, tan solo efectuara el estudio pensional bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003 cuando la realidad procesal demuestra que para el 30 de noviembre de 2013 el actor era beneficiario del régimen de transición y cumplía requisitos para la prestación por vejez a la luz del Decreto 758 de 1990, incluso la entidad desconoció la totalidad de semanas cotizadas puesto que con la expedición del referido acto administrativo en el año 2014, la encartada únicamente tuvo en cuenta 1158 semanas.

Adicional a lo anterior, existe una notoria mora desde el 2013 y hasta la Resolución GNR 34699 del 14 de febrero de 2015 en el reconocimiento pensional, ya que transcurrió más de un año para que la encartada corrigiese el yerro protuberante a efectos de reconocer la pensión de vejez del aquí demandante señor MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO, sin que repose alguno justificación dentro del plenario sobre el porqué inicialmente al actor no se le



tuvieron en cuenta las verdaderas semanas efectuadas al sistema general de pensiones.

En lo que atañe a la fecha del pago del mismo, contrario a lo argumentado por *a-quo*, quien sostuvo que los intereses moratorios debían otorgarse a partir del 18 de junio de 2015, en tanto, el demandante había elevado solicitud por este concepto el 18 de febrero de 2015, lo cierto es que esta petición no es donde el actor propiamente solicita el reconocimiento y pago de intereses moratorios a razón del retroactivo pensional, sino la elevada el 1º de diciembre de 2015.

En tal sentido, atendiendo que la petición de intereses moratorios se elevó el 1º de diciembre de 2015 y la demanda fue presentada el 24 de agosto de 2017, es por lo que los intereses moratorios deben ser reconocidos a partir del cuarto mes siguiente a la primera reclamación de reconocimiento, esto es, desde el 4 de abril de 2014 y hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente sobre este rubro, pues atendiendo el fenómeno prescriptivo trienal, no existió prescripción respecto de ninguna de las mesadas pensionales objeto de retroactivo, por lo que se modificará este aspecto.

f. De las costas procesales:

Por otra parte, en lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y ante las diferentes conductas expuestas en precedencia para la falta de concesión del derecho al retroactivo pensional aquí deprecado por el demandante, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, y en caso de encontrar inconformidad frente al monto impuesto en primer grado, deberá alegarlo en la oportunidad respectiva en los términos del C.G.P.



Con ocasión de lo hasta aquí expuesto la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR de manera parcial la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que el plazo máximo con que contaba la entidad para reconocer y pagar los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 surgió a partir del 4 de abril de 2014.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 4 de abril de 2014, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 23 2021 00321 01**
Demandante: **JOSÉ DANIEL NIETO MORA**
Demandado: **COLPENSIONES**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de ordenársele a la encartada la revocatoria de la Resolución SUB 323198 del 13 de diciembre de 2018, a través de la cual se negó el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de su esposa MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE (q.e.p.d.), en la proporción que la autoridad judicial disponga.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, refirió que contrajo matrimonio católico el 6 de julio de 1977 con la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE (q.e.p.d.), unión de la cual se procreó un hijo de nombre HENRY EDISON NIETO BARRAGÁN quien nació el 18 de noviembre de 1977.

Seguidamente, relató que convivió como pareja con la fallecida compartiendo cama y lecho en forma ininterrumpida por el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1977 y el mes de junio de 1988, calenda última en que de común acuerdo decidieron realizar separación de cuerpos.

Indicó que elevó solicitud de pensión ante COLPENSIONES con ocasión del fallecimiento de la causante, al igual que puso de presente que la encartada mediante Resolución GNR 14066 del 22 de enero de 2015, reconoció y pagó pensión de sobrevivientes sobre un 100% con ocasión del deceso de la causante al señor ÁLVARO RIVERA LARA, prestación que se concedió en cuantía inicial de \$1.067.464 a partir del mes de marzo de 2015.

Por último, refirió que por segunda ocasión solicitó el reconocimiento de la prestación ante COLPENSIONES, la cual fue negada con el argumento de que no se cumplieron con los requisitos dispuestos en la normatividad vigente para acceder a dicho derecho.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las prensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que dentro del presente asunto no se allegó justificación suficiente para que sea modificada la decisión adoptada en la Resolución SUB 323198 del 13 de diciembre de 2018, como quiera que no se acreditó material probatorio idóneo donde se enrostre que al señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA le asiste algún derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE (q.e.p.d.), más exactamente lo que gravita en torno al requisito de convivencia.



Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de la sustitución pensional – requisito de convivencia, improcedencia de reconocimiento y pago por concepto de intereses moratorios, compensación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante proveído calendado el 27 de enero de 2022, vinculó al trámite procesal como litisconsorcio necesario al señor ÁLVARO RIVERA LARA (PDF 12 – AUTO INTEGRACIÓN).

Por tal razón, el señor ÁLVARO RIVERA LARA contestó la demanda bajo el entendido que en efecto COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 14066 del 22 de enero de 2015 le reconoció la sustitución pensional en calidad de compañero permanente con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE, sin que el aquí demandante hubiese acreditado ante la pasiva el requisito de convivencia.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación al reconocimiento de sustitución de pensión por el no cumplimiento del requisito de convivencia por parte del demandante y prescripción del cobro de las eventuales mesadas pensionales de sustitución de pensión que se llegasen a reconocer mediante sentencia judicial

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de agosto de 2022, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones formuladas en su contra por el aquí demandante señor DANIEL NIETO MORA.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia manifestó que el aquí demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA en su calidad de cónyuge solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión del

fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE (q.e.p.d.), deceso ocurrido el 11 de junio de 2014 como da cuenta la copia del registro civil de defunción, de allí que el estudio de la prestación deba efectuarse bajo la égida de lo estatuido en el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Que en lo que respecta a la calidad de cónyuge del aquí demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA, la misma quedó acreditada con la partida de matrimonio donde se corrobora que el 6 de julio de 1977 la pareja contrajo nupcias, en conjunto con el respectivo registro civil de matrimonio.

Frente a la relación de convivencia existente entre el demandante y la causante, el fallador de instancia concluyó que del caudal probatorio acreditado al plenario no existe certeza del tiempo en que existió convivencia entre la pareja, en la medida que teniendo en cuenta los hechos de la demanda y lo manifestado en el interrogatorio de parte rendido por el mismo actor en cuanto a la convivencia que arguye existió por el periodo comprendido entre el 6 de junio de 1977 y el mes de junio de 1988, resulta totalmente contrario a lo expuesto en las declaraciones juramentadas rendidas por las señora DORIS MURCIA RINCÓN y JOSÉ IGNACIO NIETO MORA.

Lo anterior, toda vez que dichas declaraciones indican que la convivencia entre la pareja perduró hasta el 14 de junio de 2013, situación que pierde certeza teniendo en cuenta los supuestos fácticos rendidos en la demanda, tanto así que las señoras DORIS MURCIA RINCÓN y JOSÉ IGNACIO NIETO MORA no fueron traídas a juicio por el mismo demandante como testigos a fin de ratificar las mentadas declaraciones extraproceso, últimas que también resultan totalmente contradictorias a los mismos dichos expuestos por el demandante en el interrogatorio de parte surtido.

Que tampoco puede perderse de vista el informe técnico llevado a cabo por COLPENSIONES a través de un tercero, el cual se realizó con la finalidad de tener certeza de los extremos del cónyuge y aquí demandante señor JOSÉ



DANIEL NIETO MORA y el compañero permanente señor ÁLVARO RIVERA LARA para con la causante, donde se llevó a cabo un cotejo documental, de entrevistas y labores de campo, el cual estableció que la fallecida señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE y JOSÉ DANIEL NIETO MORA no convivieron juntos como se afirma en la demanda.

Por tal razón, concluyó que el demandante no logró acreditar el tiempo de convivencia que exige la norma para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Por otra parte, adujo que resulta ser claro que la causante señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE convivió con el señor ÁLVARO RIVERA LARA desde el 8 de septiembre de 2012 hasta el 11 de junio de 2014 como se estableció de las declaraciones juramentadas rendidas por JAVIER ARTEAGA GARCÍA y RAFAEL GARCÍA RODRÍGUEZ, quienes coincidieron en afirmar que la pareja convivió bajo el mismo techo 11 años y 9 meses, comprendido dicho interregno desde el 8 de septiembre de 2002 hasta la fecha del deceso que lo fue el 11 de junio de 2014, tópico que por demás se acompasa con el informe de investigación acreditado por COLPENSIONES, adicional a que la entidad actuó en debida forma al negar la pensión de sobrevivientes al aquí demandante ante la falta de requisitos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que, si bien no hubo certeza en las fechas de convivencia con la causante, debe tenerse en cuenta que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 hace una salvedad en cuanto a que si existiese un hijo de la unión como pareja es procedente el reconocimiento pensional.

Que igualmente, la sentencia 336 de 2014 proferida por la Corte Constitucional señala que si la separación de hecho suspende la convivencia y el apoyo mutuo, la misma no limita los efectos de la sociedad patrimonial conformada en razón



del matrimonio, de allí que nazca a la vida jurídica la sociedad de hecho conformada entre los compañeros permanentes.

Al unísono continuó insistiendo que debe tenerse en cuenta lo estatuido en el numeral 3º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en la medida que en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante entre cónyuge y compañero permanente, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será el esposo, y si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay separación de hecho el compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a), en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante.

Mientras que la otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con el cual existe la sociedad conyugal vigente, situación última que es la sucedida dentro del asunto de marras.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia la sentencia de primera instancia a favor de la UGPP y teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por el aquí demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho al reconocimiento y pago de una sustitución



pensional por sobrevivencia en calidad de cónyuge, con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE (q.e.p.d.).

c. De la calidad de pensionado:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub-examine*, puntualiza la Sala en primer lugar que dentro del presente proceso no fue objeto de reproche que a la causante señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE (q.e.d.p.), mediante Resolución GNR 020735 del 2 de marzo de 2013, le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2013 (Fls. 119 a 121 – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Tampoco el hecho que con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE, al aquí demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA le fue negada por parte de COLPENSIONES a través de la Resolución SUB 323198 del 13 de diciembre de 2019, con el argumento que, según investigación que llevase a cabo la encartada no se había acreditado el requisito de la convivencia para el reconocimiento de la prestación deprecada (Fls. 8 a 123 – PDF 01 DEMANDA ANEXOS).

Mucho menos, el aspecto que con ocasión del fallecimiento de la causante, al señor ÁLVARO RIVERA LARA en calidad de compañero permanente, COLPENSIONES le reconoció de carácter vitalicia, pensión de sobrevivientes mediante Resolución GNR 14066 del 22 de enero de 2015, sobre el 100 de la pensión percibida en vida por la fallecida (Fls. 46 a 48 – PDF 16 CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la pensión de sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito

del causante, de modo que, para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en virtud a que el fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN (q.e.p.d.), sucedió el 11 de junio de 2014 como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción (Fl. 49 – PDF 16 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”.

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso del cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

“Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

“Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.

“[...]

“Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo

afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

“Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comentario le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).”

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

e. Del caso en concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que el señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA acreditó al juicio el reclamo de la prestación deprecada en su calidad de cónyuge de la causante, aspecto que se comprueba con la copia del Registro Civil de Matrimonio y copia de la partida de Matrimonio por la Parroquia San Luis Gonzaga, lo que da cuenta que la pareja contrajo nupcias el 6 de julio de 1977 (Fls. 23 a 25 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

Sobra resaltar, además, que el señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA, a la fecha del deceso acreditaba más de 30 años de edad como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fls. 13 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS); circunstancia por la cual, procede la Sala a realizar el análisis exhaustivo del caudal probatorio en miras a determinar los derechos deprecados por el demandante.

En lo que respecta al caudal probatorio, advierte la Sala que en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del señor ÁLVARO RIVERA LARA FONSECA, quien manifestó que en la actualidad su pareja sentimental es la señora MARTHA CECILIA GUEVARA, con quien ha perdurado en el tiempo 3 años y 6 meses y no tienen hijos. Que la causante señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE era su anterior mujer, con quien convivió desde el 8 de septiembre de 2002 hasta su muerte ocurrida el 11 de junio de 2014 en la Clínica de Ibagué SaludCoop, sin que con la fallecida hubiese procreado hijos.

Refirió que como pareja con la causante convivieron en la casa de la madre de la causante, de nombre AMINTA CONDE SUÁREZ, lugar en el que solucionaban arriendo. Que la causante falleció en el año 2014 en la Ciudad de Ibagué a razón de un cáncer. Que hizo los trámites del fallecimiento de la causante.

Expuso que la causante le manifestó que el señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA la golpeaba, entre otros vejámenes, y fue el señor JOSÉ DANIEL quien la obligó a casarse, sin que tenga conocimiento hasta cuándo perduró la convivencia.



El demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA por su parte manifestó en el interrogatorio de parte que convive con la señora LUZ MARINA SÁNCHEZ CASTELLANOS desde 1989. Que la causante señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN fue su cónyuge, conociéndola en Girardot cuando él ingresó a laborar al Ferrocarril en el año 1975, donde la causante laboraba en la DIAN.

Que con ocasión a lo anterior, desde el mes de octubre de 1975 tuvo una relación con la causante y se casaron el 6 de julio de 1977 en la Ciudad de Bogotá, en la Iglesia San Luis Gonzaga del Barrio Restrepo, unión de la que procrearon un hijo de nombre HENRRY EDISON NIETO BARRAGÁN quien nació el 18 de noviembre de 1977.

Que la convivencia con la causante duró aproximadamente 11 años, pues vivían en la Ciudad de Bogotá en Kennedy, precisando a su vez que la convivencia perduró desde el mes de mayo de 1982 hasta el 15 de agosto de 1988, cuando él le entregó el apartamento a la fallecida con ocasión de la separación. Que legalmente no se adelantó ninguna separación con la causante, y que luego de que dejó de convivir en todo momento tuvieron un trato directo.

Asimismo, COLPENSIONES junto con la contestación de demanda y atendiendo el expediente administrativo del demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA, allegó documental en la que se aprecia que el actor acreditó una declaración extraproceso que fuese presentada ante la encartada y rendida el 19 de septiembre de 2016 ante la Notaría Cuarenta y Seis del Círculo de Bogotá, donde indicó que era casado con la causante señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE y sociedad conyugal vigente, última fallecida el 11 de junio de 2014 y con quien tuvo una convivencia permanente e ininterrumpida hasta el 14 de junio de 2013, unión de la que también se procreó un hijo de nombre HENRRY EDISSON NIETO BARRAGÁN (Fl. 1216 – PDF 08 CONTESTACIÓN COLPENSIONES).

Igualmente, yace declaración extraproceso realizada por DORIS MURCIA RINCÓN y JOSÉ IGNACIO NIETO MORA el 19 de septiembre de 2018 ante la Notaría Cuarenta y Seis del Círculo de Bogotá, donde manifestaron que la causante quien falleció el 11 de junio de 2014 y el demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA eran casados con sociedad conyugal vigente, quienes convivieron hasta el 14 de junio de 2013 y que de dicha unión procrearon un hijo de nombre HENRRY EDISSON NIETO BARRAGÁN (Fl. 1217 – PDF 08 CONTESTACIÓN COLPENSIONES).

En este sentido y como lo coligió el *a-quo*, encuentra la Sala una notoria contradicción en lo que concierne al tiempo de convivencia alegado por el demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA para la configuración de este requisito en aras de la obtención del derecho deprecado, puesto que como lo refirió el actor dentro del interrogatorio de parte rendido en el presente pleito, arguye una convivencia con la causante por el periodo comprendido entre el mes de mayo de 1982 y el 15 de agosto de 1988, mientras que en la declaración extraproceso acreditada ante COLPENSIONES, señala un tiempo de convivencia desde el 6 de julio de 1977, fecha en que contrajo matrimonio con la causante, hasta el 14 de junio de 2013; sumado al hecho que, las declaraciones extraproceso que también aportó a la entidad respecto de los señores DORIS MURCIA RINCÓN y JOSÉ IGNACIO NIETO MORA narran un interregno de convivencia de la pareja igualmente comprendido entre el 6 de julio de 1977 y el 14 de junio de 2013, lo que evidencia la carencia de prueba fehaciente para la configuración del requisito de convivencia, declaraciones que por demás ni siquiera fueron traídas a juicio por el demandante para su correspondiente ratificación ni juicio valorativo.

Ahora bien, tampoco puede echarse de menos el informe investigado realizado por la encartada a través de COSINTE – RM entre el 24 de noviembre y el 6 de diciembre de 2018 (Fls. 595 a 658 – PDF 08 CONTESTACIÓN COLPENSIONES), a través del cual en lo que concierne al aquí demandante señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA se advierte también inconsistencias del tiempo de convivencia al manifestar igualmente que la misma se comprendió desde la fecha del

matrimonio que lo fue el mes de julio de 1977 hasta el mes de junio de 2013; tanto así, que la firma investigativa concluyó en el informe en comento que de los dichos de convivencia del actor no se encontró prueba fehaciente que demostrara sus dichos, tópico que guarda inconsistencias fehacientes con los extremos y las versiones dadas por el mismo demandante en el interrogatorio de parte aquí surtido.

Bajo esta égida, queda claro no asistírle derecho de la sustitución pensional por sobrevivencia al señor JOSÉ DANIEL NIETO MORA en su calidad de cónyuge con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA EUGENIA BARRAGÁN CONDE, en tanto, no obra prueba que acredite que además de existir vínculo matrimonial vigente entre la pareja, se haya efectivizado una convivencia por lo menos de cinco años en cualquier tiempo al tenor de lo preceptuado tanto en la normatividad vigente como en la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En este tópico, si bien la parte demandante argumenta en su alzada que por el hecho de existir un hijo de la unión entre la pareja y que exista un vínculo matrimonial vigente resulta procedente el reconocimiento pensional, su argumento se cae de todo peso frente a la normativa que regula la materia y lo adoctrinado por el órgano de cierre, en la medida que el requisito de la convivencia es *sine qua non* para la configuración del derecho, puesto que es allí donde se predica por lo menos un tiempo prudente que determine una vida entrañable y de socorro mutuo como pareja, máxime si se tiene en cuenta que es la misma prerrogativa normativa la que exige el requisito de convivencia en tratándose de personas pensionados de por lo menos cinco años tanto a cónyuge como a compañero permanente.

Así las cosas, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado, más aún si se tiene en cuenta que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 14066 del 22 de enero de 2015 al tener conocimiento previa investigación administrativa, reconoció pensión de sobrevivientes al señor ÁLVARO RIVERA LARA en su condición de compañero permanente de la



causante en un 100% de la prestación, sin que este último aspecto hubiese sido refutado en el asunto de marras por ninguna de las partes.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, al no haber gozado con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A stylized, handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. W. González'.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 23 2021 00376 01
 Demandante: JOSÉ GALVIS ZULUAGA
 Demandados: ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de septiembre de 2022.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ GALVIS ZULUAGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., a fin que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación prevista en el capítulo décimo de la Convención Colectiva de Trabajo 1985 - 1987, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 71 de la misma, a partir del 14 de noviembre de 2005, la que debe ser liquidada conforme lo señalado en los artículos 54, 55 y 58 de dicho acuerdo convencional. Asimismo, se declare que la pensión es vitalicia, compatible y excluyente con la pensión legal que percibe.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada a indexar la primera mesada pensional teniendo en cuenta que la relación laboral finalizó el 2 de diciembre de 2001 y el 14 de noviembre de 2005, acredite la edad que hizo exigible el derecho, además, se condene a pagar la pensión mensual vitalicia de



jubilación de forma retroactiva desde el 14 de noviembre de 2005 en suma inicial de \$1.509.368, junto con las mesadas adicionales y los reajustes de ley, más los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas y las costas y agencias en derecho indexadas.

De forma subsidiaria, pretende se condene a la pasiva a pagar la pensión reconocida mediante acuerdo suscrito entre las partes, de conformidad con las condiciones establecidas en la C.C.T. vigente entre 1985 – 1987, más los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas o en subsidio la indexación y las costas y agencias en derecho debidamente indexadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, indicó que nació el 14 de noviembre de 1950, alcanzado la edad de 55 años el 14 de noviembre de 2005, y que prestó sus servicios mediante contrato de trabajo escrito de forma continua al BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. hoy ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., desde el 20 de agosto de 1974 hasta el 2 de diciembre de 2001, fecha última en que se terminó el vínculo laboral producto de una conciliación, acumulando un tiempo de servicio de más de 20 años.

Refirió que es beneficiario de la C.C.T. suscrita el 23 de agosto de 1985, vigente entre 1985 y 1987 de acuerdo con lo señalado en el parágrafo del artículo 1º de la C.C.T., y con la respuesta emitida por el banco el 14 de enero de 2020, la cual no ha sido modificada, derogada o denunciada.

Sostuvo que la referida conciliación que acordó con el banco, se celebró el 14 de diciembre de 2001, calenda en la que contaba con 51 años y tenía acreditados 20 años de servicio, oportunidad en la que pactaron el reconocimiento de una pensión transitoria de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio del último año, la cual sería pagada hasta que le fuera reconocida la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales o un fondo privado de pensiones, momento a partir del cual la encartada continuaría pagando el mayor valor si lo hubiere.



De otra parte, indicó que recibió como sueldo promedio devengado en el último año de servicios la suma de \$1.166.478, según se dijo en el Acta de Conciliación y que los 20 años de servicios al banco los cumplió el 20 de agosto de 1994 causando en ese momento la pensión convencional y que la edad de 55 años de edad la acreditó el 14 de noviembre de 2005, por lo que cumplió los requisitos del artículo 54 de la C.C.T. 1985-1987, que estableció una pensión mensual vitalicia de jubilación, artículo que a su vez estableció el monto y la forma de liquidar la pensión convencional, la que toma como promedio el sueldo básico devengado por el empleado en el año anterior a su retiro sin que pueda exceder el valor del salario mensual en un cien por ciento.

Agregó que la demandada ha reconocido pensiones de jubilación en casos en que se acredita el tiempo de servicio y la edad establecida en la C.C.T. se cumplió después de finalizada la relación laboral. Por último, indicó que el 21 de enero de 2020 solicitó a la accionada el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación consagrada en la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre 1985-1987, las mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación, pedimento que fue despachado de manera negativa por la accionada. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias que se formularon en su contra. Argumentó que la Convención aplicable al presente caso es la de vigencia en 1991-1993, la cual señala en su artículo 54 los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional, que consisten en cumplir 55 años en el caso de los hombres y 20 años de servicios prestados en la compañía. Precisó que, pese a que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, el actor no contaba con el requisito de edad, esto es, 55 años; la compañía de manera voluntaria y por mera liberalidad le reconoció la pensión convencional voluntaria de jubilación a partir del 3 de diciembre de 2001, pensión que en los términos de la conciliación suscrita el 14 de diciembre de 2001 ante el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá de tiene el carácter de compartida, no solo porque así lo establecieron las partes, sino porque además fue reconocida con



posterioridad al 17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigencia del artículo 5º del Decreto 2879 de 1985 que aprobó el Acuerdo 049 de 1990.

Formuló las excepciones denominadas cobro de lo no debido por inexistencia de obligación o ausencia de la causa, cosa juzgada, buena fe, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada y condenó en costas al actor.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia citó el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente de 1985 a 1987, que alude al precepto convencional que solicita el gestor se le aplique. De otro lado, memoró que la demandada en su defensa adujo que la convención aplicable al caso del actor es la vigente entre 1991 a 1993, por lo que al remitirse al artículo 54 de dicho acuerdo convencional, señaló que estaba redactado en los mismos términos a lo establecido en el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1985 a 1987, por ende, procedió a verificar si el actor cumple los requisitos allí establecidos a efectos de hacerse acreedor a la prestación que reclamada.

Así las cosas, indicó que según certificación expedida por la pasiva el 14 de enero de 2020, se encuentra que el demandante laboró al servicio de esa compañía para el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO, desde el 20 de enero de 1974 al 2 de diciembre de 2001, en cuanto a la edad dijo que según la copia de la cedula de ciudadanía del actor se observa que nació el 14 de noviembre de 1950, cumpliendo la edad de 55 el mismo día y mes de 2005.

Sin embargo, expuso el Juez de primer grado que de acuerdo con el artículo 54 de la C.C.T., se requiere ostentar la calidad de empleado del banco para el

momento en que se alcance los 55 años de edad, sin que tal requisito se pueda acreditar con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, luego, el tiempo y la edad deben avalarse en vigencia del vínculo laboral; acotando que si bien se demostró que cumplió el tiempo de servicios desde el 20 de agosto de 1994, el de edad lo alcanzó cuando ya no era empleado del banco.

En sustento de su decisión hizo mención a la sentencia SL953-2019, la que al analizar el referido artículo 54 de la C.C.T., señala que la edad debe acreditarse en vigencia de la relación laboral, de modo que al haberse retirado el promotor en 2001 y haber cumplido los 55 años en 2005, no es beneficiario de la prestación que reclama, sin que pueda entender que ese presupuesto es un mero requisito de exigibilidad.

Frente al artículo 71 convencional dijo que no puede entenderse que todo lo comprendido en el capítulo X, incluidos los artículos 50 y 70, se aplica a quienes a 31 de agosto de 1985 hayan celebrado contrato por escrito y esté vigente con el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO, correspondiéndole solo al demandante acreditar que se encontraba vinculado mediante contrato a esa calenda, pues el artículo 54 de la C.C.T. que pretende se le aplique, exige el cumplimiento del tiempo y la edad, es decir, que para acceder a esa prestación debió cumplir la edad como empleado del banco en adición a la existencia de un contrato de trabajo a la citada fecha.

Sostuvo que el hecho de que a personal del banco se le haya reconocido la pensión que se discute sin exigir la edad, no conlleva a que en este caso se deba reconocer la prestación de esa manera, pues el error del banco no permite generar derechos para los demás extrabajadores, sin que pueda desconocerse la jurisprudencia pacífica establecida en casos como el presente desde 2019, máxime cuando la pensión se reclamó en 2020.

Agregó que si bien en la conciliación se le reconoció al actor una pensión convencional, nada se dijo sobre que se tratara de la misma del artículo 54, pues se está reconociendo antes de los 55 años de edad, términos que no corresponden al pluricitada artículo, pensión que se acordó sería reconocida de manera transitoria hasta que le fuera recibida la pensión legal, procediendo

el pago solo del mayor valor si lo hubiese, en consecuencia, absolvió de los pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

En esa medida, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y no probada la de cosa juzgada frente al acuerdo suscrito entre las partes el 14 de noviembre de 2001, indicando que de acuerdo con lo reglado en el artículo 303 del C.G.P., el presupuesto de identidad de causa no se acreditaba, en tanto, ese acuerdo se suscribió en razón a la terminación de la relación laboral por mutuo acuerdo y el presente proceso deriva de la reclamación de una pensión convencional, frente a la identidad de objeto señaló que en la conciliación se indicó que el contrato terminaba por mutuo acuerdo y se dispuso pagar una bonificación y una pensión de jubilación convencional y en el presente asunto ser reclama la pensión del artículo 54 de la C.C.T. 1985-1987, estableciendo que no se acreditaban los requisitos de objeto y causa, de modo que, no se pueda entender contenida en esa conciliación la pensión que aquí se reclama, aclarando que al tratarse de una pensión podía avanzar en el estudio de las pretensiones, pese a que no se estableció el cumplimiento de los requisitos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que cumple a cabalidad con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para estructurar el derecho a la pensión convencional, en especial el de edad, pues contrario a lo sostenido por el Juez de primer grado, quien hizo alusión de manera vaga a las pruebas aportadas por el banco, concluyó que no se podía evidenciar que hubiese pagado pensiones en casos en que se arribó a la edad después de finalizada la relación laboral, asumiendo que tal situación obedeció a un error del banco, sin que obre sustentación de tal proceder.

Expuso que de acuerdo con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., se debe tener en cuenta que en los numerales 21 y 22 de las pruebas aportadas se allegó copia del oficio dirigido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín al banco demandado para que certificara si había reconocido pensiones a empleados que se han retirado de la entidad después de veinte años de servicio y que habían acreditado con posterioridad la edad, además, obra en el plenario

la respuesta emitida por el banco a ese oficio en el que manifiesta que sí ha reconocido pensiones de jubilación al personal en esas condiciones; luego, el tiempo de servicios es el único requisito y la edad es apenas un requisito de exigibilidad, siendo esa la intención de las partes.

Añadió que en actas de conciliación el banco reconoció pensiones en esos términos, lo cual no es un error; por tanto, en prevalencia al derecho a la igualdad, considera tener derecho que se le reconozca la pensión en las mismas condiciones a aquellos a quienes se les reconoció, indicando que en la sentencia SU 228 de 2021, al analizarse el artículo 54 de la C.C.T., se determinó que la edad se puede alcanzar con posterioridad a la finalización del contrato, de modo que, la pensión convencional de que trata el artículo 54 de la C.C.T. vigente entre 1991-1993, según el artículo 71 de la misma convención, es claro en señalar que la fuente normativa es la Convención Colectiva 1985 – 1987, que señala que la pensión se causa con el tiempo de servicio y la edad es un requisito de exigibilidad, lo que permite acceder a las pretensiones de la demanda.

Igualmente, sostuvo que en la contestación de la demanda y los alegatos, la pasiva aceptó que había reconocido la pensión convencional de manera anticipada al actor, siendo un aspecto superado, lo que obligaría a analizar la prestación conforme la C.C.T., ya que sería un contrasentido decir que se le anticipo la pensión convencional, pero que no reunió los requisitos de la pensión convencional de 1985-1987; siendo la solución determinar que el acta de conciliación concedió el pago de una pensión voluntaria transitoria como lo establecido en Juez de instancia, que mutó en una legal; sin que eso de manera alguna impida la concesión de la pensión convencional.

De esa forma, las partes podían acordar conforme se dijo en el artículo 71, que se respetaría el derecho convencional a quienes tuvieran vigente el contrato al 31 de agosto de 1985, y además podían excluir normas posteriores; por ende, en la convención colectiva acordaron las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se reconocería la pensión convencional, pactado que sería vitalicia, que se reconocería al cien por ciento y que sería excluyente con la pensión legal y que según el artículo 62, cuando se refiere a la modalidad de incapacidad dice es incompatible, es decir, que según el artículo 54 es compatible, en

consecuencia, solicita se revoque la decisión de primer grado y se conceda la pensión convencional con las prerrogativas establecidas en la convención colectiva de 1985-1987, la que no ha sido modificada, denunciada o derogada o transformada desde esa fecha ni cuando arregló con el banco o cuando cumplió los 55 años, procediendo además los intereses moratorios.

Por su parte, el demandado ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. en su alzada dijo oponerse a la determinación del Juez de instancia, quien declaró no probado la excepción de cosa juzgada, dado que dentro de las documentales y la interpretación que se ha dado se colige que la pensión que reconoció esa encartada al actor en el Acta de Conciliación suscrita el 14 de diciembre de 2001, trata de la pensión convencional que era la aplicable para la época, es decir, la Convención Colectiva 1991 - 1993, que no fue modificada ni sustituida en ninguna de sus partes, y para el caso concreto del gestor era la que le aplicaba, como quiera que no se modificó las de 1991 hasta 2001-2003.

Añadió que en ese documento las partes pactaron que dicha pensión se reconocería de manera anticipada como una forma de terminar el contrato de trabajo y al no vulnerar ningún derecho del actor, como quiera que no era beneficiario de ninguna pensión convencional para esa época, el banco podía anticipar los requisitos y reconocer la pensión, al no menoscabar derechos pensionales del demandante, aunado a que no se había expedido el Acto Legislativo 01 de 2005, de ahí, que no estaba vedado para el empleador conciliar aspectos correspondientes a la seguridad social y al no existir ese derecho consolidado se podía reconocer de manera anticipada y convencionalmente pactar el pago de la misma.

En consecuencia, como se reguló la prestación a través de la Convención Colectiva de 1991-1993, no debe pasarse por alto que para esa fecha ya estaba vigente el Decreto 2879 de 1985, que en su artículo 5º regula lo concerniente a la compartibilidad de las pensiones, por ende, es diáfano que para esa época si se constituía con esa acta la cosa juzgada, en la que las partes cerraron cualquier tipo de discusión correspondiente a derechos pensionales, por lo que contrario a lo aducido por la parte actora en su apelación no se remite a la convención colectiva de 1985 sino a la de 1991, dado que fue la última que ajustó los temas pensionales y que se remite por aplicación a la de 2001-2003



vigente a la fecha en que se retiró el actor, emergiendo con claridad del acta de conciliación que la pensión que se reconoció allí es la convencional.

Así las cosas, no existe otro tipo de pensión diferente a la legal y a la convencional que hubiese reconocido el banco, siendo errada la interpretación del actor, quien parece solicitar el pago de tres pensiones diferentes, esto es, la convencional que reconoció a través de acta de conciliación, la legal, y otra que refiere a la consagrada en la Convención de 1985 - 1987, además, la conciliación indicó que la pensión iba a ser compartida de manera posterior con la legal, de ahí, que es errada la interpretación del Juzgado de origen al no considerar que la pensión que reconoce esa demandada se trate de la establecida en la convención 1991-1993, luego esa es la interpretación que se debe dar.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado y en atención a los argumentos expuestos por las partes en su alzada, corresponde a la Sala por metodología entrar a dilucidar los siguientes problemas jurídicos; i) auscultar si goza de prosperidad la excepción de cosa juzgada formulada por el extremo demandado, y ii) verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión convencional que reclama, y en consecuencia proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. De la procedencia de la excepción de cosa juzgada:

Manifiesta la pasiva en su disenso frente a la decisión del Juez de instancia, que declaró no probada la excepción de cosa Juzgada, pues en su sentir en el Acta

de Conciliación que suscribieron el 14 de diciembre de 2001, reconoció la pensión convencional que se deprecia en el *sub lite*.

Acorde con lo anterior, conviene remitirse a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que consagra lo referente al fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.

Por su parte, la doctrina al abordar el análisis de la figura de la cosa juzgada ha señalado sobre su significado y los elementos sobre los cuales se estructura:

“La expresión cosa juzgada proviene del latín res iudicata. Significa, en su acepción corriente, lo que ha sido juzgado o resuelto. Procesalmente atañe las consecuencias o efectos, su esencia, los cuales se contraen a dotar a ciertos proveídos, generalmente las sentencias, de una especial calidad que tiende a evitar que entre las mismas partes (demandante y demandado), por igual causa (hechos) y sobre idénticos objeto (pretensión), se instaure un segundo proceso.”

“(…)

“En consecuencia, solo cuando esos elementos en su totalidad se presentan en un segundo proceso obra la cosa juzgada. Entonces, si las partes y los hechos son los mismos, pero varía la pretensión, no hay lugar a que se reconozca la cosa juzgada. (...) Tampoco si las partes y las pretensiones son iguales, pero cambian los hechos (...). Se excluye también si al menos una de las partes es diferente, aunque los hechos y las pretensiones conserven su identidad, (...).¹”

Así las cosas, diáfano es, que esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

¹ Azula, Camacho Jaime. Manual de Derecho Procesal: Tomo I, Teoría General del Proceso. 11ª edición, Bogotá: Editorial Temis, 2015. Páginas 368, 370.



Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL814-2022 con Radicado No. 79462 de 16 de marzo de 2022, al realizar el análisis del precedente jurisprudencial que ha emanado de antaño sobre esta figura, consideró lo siguiente:

“Sobre este tópico, la Corporación en sentencia CSJ SL11414-2016, discurrió:

Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eadem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; 2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir, lo que se reclama; y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.

“Los anteriores requisitos o elementos, se encuentran presentes en la norma que consagra la cosa juzgada, valga decir, el art. 332 del CPC hoy art. 303 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del art. 145 del CPT y SS., que exige para su declaratoria que «el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».”

Al descender al *sub-examine*, se tiene que el demandante solicitó el reconocimiento y pago la pensión vitalicia de jubilación convencional establecida en el artículo 71 de la C.C.T. vigente entre 1985 - 1987, la cual es compatible y excluyente con la pensión legal que percibe, además solicita la indexación de la primera mesada, el pago del respectivo retroactivo, junto con las mesadas adicionales y los reajustes de ley, más los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. De manera subsidiaria, pretende se condene a pagar la pensión que le fue reconocida mediante acuerdo conciliatorio, acorde con las condiciones establecidas en la C.C.T. vigente entre 1985 - 1987, más los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas o en subsidio la indexación y las costas y agencias en derecho debidamente indexadas.

En este punto, huelga señalar que no fue objeto de discusión entre las partes, el hecho de que el demandante y la pasiva, suscribieron acuerdo conciliatorio el 14 de diciembre de 2001, el que en su literalidad señala:

“He llegado a un pleno acuerdo con la citada empresa para poner término a la relación laboral por mutuo consentimiento a partir del 02 de



Diciembre de 2.001, ya que deseo dedicarme a otras actividades. Como consecuencia de este buen entendimiento con la Empresa y en atención a mi apreciable antigüedad al servicio de ella, le he solicitado el otorgamiento de una bonificación especial ".

Presente el doctor HECTOR ARRIAGA DIAZ quien obra en la calidad ya anotada, manifiesta: "Que acepta poner término al Contrato de Trabajo que liga a la empresa con JOSE GALVIS ZULUAGA, por mutuo consentimiento de las partes y que luego de analizar la petición del citado señor sobre el otorgamiento de una bonificación especial y teniendo especialmente en cuenta la extinción del vínculo laboral por el medio legal ya mencionado (mutuo acuerdo), la Empresa acepta reconocerle a dicho señor una bonificación especial, única y total de SESENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M.L. (\$67.000.000.00) suma a la cual se le aplicará la retención en la fuente a la que haya lugar. De todas maneras de la suma antes indicada se imputará cualquier acreencia que resulte a su favor y a cargo del Banco producto de la Relación Laboral. Con este reconocimiento y con el pago del saldo de cesantía y demás conceptos laborales normales que se le hacen a JOSE GALVIS ZULUAGA, en esta misma fecha ésta declara a PAZ Y SALVO a la empresa por todo concepto derivado de su relación laboral, incluyendo lógicamente la totalidad de los presuntos derechos (sin exclusión) provenientes de la apreciable antigüedad en el servicio.

No obstante tener solo 51.13 años de edad y 27.36 años de servicio al Banco, a partir del 3 de Diciembre de 2001, EL TRABAJADOR empezará a recibir una pensión Convencional transitoria de Jubilación, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores y se le pagará hasta que cumpla 60 años de edad, fecha en la cual EL TRABAJADOR reclamará ante el Instituto de Seguros Sociales o la Entidad de Seguridad Social a la que se encuentre cotizando, la pensión de vejez, para lo cual el señor JOSE GALVIS ZULUAGA se compromete a reclamar cuando cumpla la edad ante la respectiva entidad; a partir de ese momento EL BANCO le continuará pagando la diferencia que existiere, entre la pensión de jubilación que éste venía recibiendo y la que le otorgue el Instituto de Seguros Sociales o el Fondo Privado de Pensiones correspondiente como pensión de vejez.

Mediante este documento el trabajador se compromete a presentar los documentos para reclamación de su Pensión de Vejez tres meses antes del cumplimiento de la edad requerida y en caso de no hacerlo autoriza de una vez la Banco Santander Colombia S.A. para hacer los trámites necesarios para el reconocimiento y pago de dicha pensión. Así mismo si llegada la edad para adquirir el derecho a la Pensión de Vejez esta no le fuere pagada inmediatamente, si el Banco así lo decide le seguirá pagando la mesada hasta cuando esta le sea reconocida y el hoy conciliado autoriza al Banco Santander Colombia S.A. para que reclame a su favor la retroactividad de las mesadas debidas desde el momento en que se hizo exigible el derecho hasta que le sean pagadas, el Banco determinará por cuanto tiempo pagará estas mesadas luego de cumplida la edad.

Una vez cumplida la edad, el Banco podrá hacerle compartida la pensión en forma automática, pagando desde ese entonces, sólo la diferencia que presuma le corresponde al jubilado, entre la pensión que estuviere



pagando en esa época y la que presume le reconocería el Seguro Social o un Fondo Privado de haberse presentado a reclamarla.” (Fls. 366 a 370 archivo 04 y 24 archivo 08).

Bajo ese escenario, es diáfano que no concurren los elementos que dan lugar a la cosa juzgada, por cuanto si bien hay identidad de partes, pese a que el BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. cambió su razón social a ITAÚ, se advierte que se trata de la misma persona jurídica.

En cuanto a la identidad de causa se encuentra que tal presupuesto no se acreditado de manera íntegra, dado que la conciliación tiene como sustento fáctico la existencia de la relación laboral y su terminación por mutuo acuerdo, aspectos que, si bien se refieren en los hechos de la demanda, lo cierto es, que en esta ocasión en el *petitum* se adicionan situaciones que son sustento de la pensión convencional que reclama el actor conforme lo acordado en la C.C.T. vigente entre 1985-1987, lo que indefectiblemente conlleva a que la causa en la conciliación y la demanda sean disimiles.

Respecto a la identidad de objeto como ya se dijo se sustenta en el presente asunto en el reconocimiento y pago de la pensión convencional establecida en la C.C.T. vigente entre 1985-1987, la indexación de la primera mesada, el correspondiente retroactivo, los intereses moratorios y la indexación de las sumas adeudadas; sin que se pueda de modo alguno, entender que por el hecho de haberse reconocido al actor en dicho acuerdo conciliatorio una pensión convencional de manera transitoria, se trate de la misma prestación convencional que aquí se reclama en los términos referidos en la convención ya citada, pues en ningún momento se observa que las partes hayan acordado la aplicación de ese acuerdo convencional en especial y las normas que regulan la pensión en ese documento, o a alguna de las Convenciones Colectivas de Trabajo que pactó el empleador en otro interregno; de ahí, que tampoco haya identidad de causa.

Dicho esto, es claro que no erró el Juez de primer grado al declarar no probada la excepción de cosa juzgada, lo que compele la confirmación de la decisión objeto de censura en ese puntual aspecto por las razones aquí reseñadas.

d. De la pensión convencional:

Acotado lo anterior, y encontrándose viable avanzar con el estudio del segundo problema jurídico planteado, conviene advertir que las partes no discuten la calidad de beneficiario del convocante de las convenciones de las que reclama su aplicación. De otro lado, cabe memorar que la parte actora sostiene en su alzada que la pensión convencional de que trata el artículo 54 de la C.C.T. vigente entre 1991-1993 en su artículo 71, señala que la fuente normativa es la Convención Colectiva 1985 – 1987, la cual indica que la pensión se causa con el tiempo de servicio y la edad es un requisito de exigibilidad, lo que permite acceder a las pretensiones de la demanda. A su turno, la demandada señala que la convención aplicable es la vigente entre 1991-1993 que se prorrogó al momento de la terminación de la relación laboral.

En esa medida, se hace imperioso traer a colación los referidos artículos 54 y 71 de la C.C.T. 1991-1993, pactada entre el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO hoy ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. y la ASOCIACIÓN DE EMPLEADOS BANCARIOS – ACEB, que señala:

“ARTICULO 54º.

Todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de 20 años de servicio continuos o discontinuos a la Institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, sin tener en cuenta bonificaciones, así: sobre los primeros seiscientos pesos (\$600) del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de seiscientos pesos (\$600) hasta mil pesos (\$1.000) el 60%; por los excedentes de mil pesos (\$1.000) hasta tres mil pesos (\$3.000) el 40% y por excedentes de tres mil pesos (\$3.000) el 30%. De manera que el cómputo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes, en acuerdo con el promedio del sueldo básico devengado por el empleado en el año anterior a su retiro de la Institución.

Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación, la pensión de jubilación resultare inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponde legalmente.”

(...)

“ARTICULO 71º. PENSIONES DE JUBILACION. Todo lo comprendido en el capítulo 10º. de la actual compilación convencional vigente (compilación 1.985 - 1.987) artículos 54º a 70º. inclusive, se aplicará solamente a

quienes al 31 de agosto de 1.985 tengan celebrado contrato de trabajo por escrito y vigente en esa fecha con el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO. A quienes ingresen con vínculo laboral a partir del 1º de septiembre de 1.985 no se les aplicará el régimen de pensiones ya mencionado y se someterán en materia de pensiones a las leyes y demás disposiciones oficiales vigentes al momento de comenzar a disfrutar su derecho.” (Subrayado por la Sala).

Más adelante, los artículos 116 y 117 del mismo compendio convencional, indican:

“ARTICULO 116º. VIGENCIA DE NORMAS ANTERIORES. Los puntos de convenciones colectivas, laudos arbitrales, normas prestacionales que no hayan sido superados en todo o en parte en esta convención, quedarán rigiendo y serán de forzosa aceptación el Banco.

ARTICULO 117º. VIGENCIA Y DENUNCIA. La presente convención colectiva, empezará a regir a partir del 10. de septiembre de 1.991 y tendrá vigencia hasta el 31 de agosto de 1.993 y podrá ser denunciada en la forma y términos legales dentro de los sesenta (60) días anteriores a su expiración.” (Archivo 17 del link de folio 24 del archivo 08).

De lo expuesto en precedencia, y al remitirse esta Colegiatura al texto de la C.C.T. 1985-1987 (Folios 77 a 115 archivo 04), lo primero que advierte es que el artículo 54 de esa convención está redactado en los mismos términos del artículo 54 de la C.C.T. 1991-1993, como bien lo expuso el *a quo*; además, como viene de verse, de los artículos 116 y 117 de este último acuerdo convencional se puede extraer que pese a que lo pactado en materia pensional en el capítulo décimo de la C.C.T. 1985-1987, es similar a lo acordado en ese mismo acápite en la convención 1991-1993, el que está vigente es el contenido en ésta última, sin que se pueda entender que por el hecho de que se haya compilado lo pactado en 1985-1987, se entienda que es esa la convención que le aplica al gestor.

Y es que si bien, la relación laboral de actor con la demandada estuvo vigente entre el 20 de agosto de 1974 al 2 de diciembre de 2001, según certificó la convocada a juicio el 14 de enero de 2020. (archivo 3 del link de folio 24 del archivo 08); y se pactaron otras convenciones después de la de 1991-1993, según se observa de los folios 219 a 316 del archivo 04 del expediente digital, lo cierto es, que no se modificó lo acordado en materia pensional desde la convención de 1991-1993 según se extrae del artículo 37 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2003, vigente al momento de la terminación del

contrato de trabajo del demandante y en la cual se hizo precisión sobre ese aspecto como lo expone la encartada, por lo que es lo establecido en la pluricitada C.C.T. 1991-1993 la que se debe analizar en materia pensional en el caso del gestor, contrario a lo entendido por el promotor de la litis. (folios 298 a 316 archivo 04).

Al respecto, en sentencia SL3351-2022, Radicación No. 89925 de 23 de agosto de 2022, se dijo *“Ha de recordarse que estos acuerdos celebrados en observancia de las disposiciones legales tienen validez y son efectivos por el período de vigencia que así hubieren pactado las partes o, en caso de silencio de estas, por un plazo de seis meses (artículo 477 del Código Sustantivo del Trabajo).”*

Precisado lo anterior, y como viene de verse, el artículo 54 de la C.C.T. 1991-1993, exige en el caso de los hombres acreditar 55 años de edad y 20 años de servicios en vigencia de la relación laboral, por lo que el tiempo de servicios tal como lo concluyó el Juez de instancia, se encuentra suficientemente acreditado, no siendo así en lo que respecta al requisito de edad, dado que el gestor nació el 14 de noviembre de 1950, según copia de la cédula de ciudadanía (folio 4 archivo 03), por ende, a la terminación de la relación laboral el 2 de diciembre de 2001, solo contaba con 51 años de edad, presupuesto que es exigible para alcanzar la pensión convencional que reclama como lo dedujo el fallador de instancia.

Sobre el asunto, la Sala de Casación Laboral al abordar lo concerniente a la interpretación del citado artículo 54 de la C.C.T. de 1991-1994, en sentencia SL5334-2021 Radicación No. 86763 de 4 de octubre de 2021, memoró lo sostenido por esa misma Corporación en la sentencia SL15807-2017 en la que se dijo:

“El texto transcrito, sin duda, hace resaltar que el tribunal no incurrió en yerro fáctico alguno cuando consideró que la norma convencional se aplica a los empleados del banco y no a quienes se hubiesen retirado y cumplieren la edad exigida por la norma convencional después de su retiro. La expresión «empleado» indica claramente que se refiere a quienes están prestando servicio al banco y no a quienes ya están retirados, que por tanto, no tienen esa condición de empleados.”

De esa forma, considera la Sala que el entendimiento que le dio el operador judicial de instancia al precepto convencional en comentario no luce desacertado pues de su literalidad se concluye que fue intención de las partes conceder la pensión allí consagrada a quienes acreditaran tiempo de servicio y edad en vigencia de la relación laboral, postura que fue reiterada en sentencia SL2968-2022.

Ahora, debe señalar la Sala que si bien la activa hizo alusión en su alzada a que debe darse aplicación a lo decidió en sentencia SU 228 de 15 de julio de 2021, no puede perderse de vista que el órgano de cierre de esta especialidad ha manteniendo el entendimiento ya expuesto frente al citado artículo convencional, por lo que no se puede concluir que haya vulnerado el derecho a la igualdad del actor, pues tal prerrogativa fundamental supone el establecimiento de algunos tratos distintos lo cual no es contradictorio a la carta política como se ha dicho precisamente en sentencia C-345 de 2019.

De ahí, que el hecho de que fallador de primer grado no haya tenido en cuenta las diferentes actas de conciliación en las que se reconocieron pensiones de carácter convencional sin el cumplimiento de la edad por parte de la enjuiciada, lo cual, contrario a lo sostenido por el *a quo* no denota que se trate de un yerro, según las comunicaciones que dirigió una autoridad judicial al banco Santander y la respuesta que brindo sobre ese aspecto la entidad bancaria a la cual hizo alusión el demandante en su alzada (archivo 04); de modo alguno, dan lugar a conceder la prestación que reclama al actor dado que de tales documentos a *contrario sensu*, evidencian que se trata de acuerdos a los que llegó la pasiva con otros trabajadores, sin que se tenga certeza de si se trata de situaciones fácticas íntegramente similares a las del gestor, lo que tampoco lleva a entender como ya se dijo que la pensión convencional de carácter transitorio que le concedió haya mutado a la pensión establecida en las convenciones aquí analizadas.

Así las cosas, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado, por las razones antes expuestas. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 26 2022 00023 01
 Demandante: INGRID CONSUELO PRIETO ARIAS
 Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora INGRID CONSUELO PRIETO ARIAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que se afilió al régimen de pensiones administrado por el I.S.S., a partir de febrero de 1986 en donde permaneció hasta julio de 1999, alcanzando un total de 669.57 semanas; igualmente, se declare que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. a partir de agosto de 1999, sin el cumplimiento del deber de información por parte de ese fondo, lo que le causó un grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional, perdiendo la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables. De esa forma, solicita se declare la ineficacia del referido traslado de régimen.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se ordene su retorno a COLPENSIONES y se reactive su afiliación, asimismo, se condena a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. A su vez, se ordene a COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez, conforme lo normado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios y teniendo en cuenta la totalidad de las cotizaciones acumuladas a esa entidad y al fondo de pensiones demandado. Finalmente, solicita se condene a lo *ultra y extra petita* y a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 6 de noviembre de 1964, contando en la actualidad con 57 años, que en febrero de 1986 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado para esa data por el hoy extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - I.S.S., en donde realizó aportes hasta el mes de agosto de 1999, acumulando 669.57 semanas.

Agregó que en agosto de 1999 los asesores de PROTECCIÓN S.A., le ofrecieron la opción de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, asegurándole que en ese fondo obtendría mayores beneficios y garantías



frente a su situación pensional, que se podría pensionar de manera anticipada, y su pensión en ese régimen sería superior a la que obtendría en el RPMPD.

Refirió que el asesor que tramitó su traslado de régimen conoció sus condiciones laborales al diligenciar el formulario de afiliación, sin que le realizara una proyección de su mesada en ese régimen o le explicara la naturaleza y características del mismo, o las implicaciones del traslado de régimen, es decir, sin que le brindara información, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Al contrario, le habló de la difícil y posible extinción del I.S.S. y de la pérdida de su derecho pensional en esa administradora, por ende, ante esa falta de asesoría y errada expectativa que le generó, suscribió el formulario de afiliación con el cual se trasladó de régimen en agosto de 1999, mismo fondo en el viene realizando cotizaciones.

Sostuvo que PROTECCIÓN el 16 de noviembre de 2021, emitió proyección en la que se evidencia que su pensión en ese régimen ascendería a \$908.526 y en COLPENSIONES sería de \$1.971.638. De otro lado, indicó que el 29 de noviembre de 2021 solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad por vicio del consentimiento, pedimento que fue denegado por esas encartadas. (archivo 01).

Una vez radicada la demanda, fue designada por reparto al Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad, declarándose impedido el titular de ese estrado judicial para conocer del asunto, mediante proveído de 12 de enero de 2022 (Fls. 165 a 166 archivo 01). Impedimento que fue aceptado por el Juzgado Veintiséis Laboral Circuito de Bogotá, el cual avocó conocimiento del asunto a través de auto adiado el 06 de abril de 2022 y admitió la demanda después de ser compensada el 1º de julio de la misma anualidad. (archivos 02 y 07).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que si bien la demandante efectuó cotizaciones a esa administradora, se encuentra imposibilitada para recibirla afiliada en aplicación al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, realizó su traslado de régimen en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo el régimen de ahorro individual con solidaridad que administra PROTECCIÓN S.A.

Por ende, se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., por lo que no existen fundamentos facticos ni jurídicos para declarar la nulidad del traslado que efectuó en 1997, dado que no se evidencian vicios de consentimiento que permitan declarar la nulidad de esa afiliación. Adicionalmente, expuso que no es posible afiliar a la actora al régimen que administra, después de permanecer en el RAIS por más de 20 años, pues tal situación vulnerara el principio de sostenibilidad presupuestal del artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo tampoco proceden los perjuicios que se reclaman.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (archivo 11).

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante INGRID CONSUELO PRIETO ARIAS al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 16 de julio de 1999.

SEGUNDO. CONDENAR a la administradora de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante INGRID CONSUELO PRIETO ARIAS, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, a partir del 6 de noviembre de 2021, fecha de cumplimiento de los 57 años de edad, contabilizando los últimos años de cotizaciones, arrojando un IBL Liquidación de \$3'029.420 para el año 2021, calculado sobre 1.636 semanas de cotización, generándose una tasa de reemplazo equivalente al 72.83%, arrojándose una mesada pensional para el año 2021 de \$2'206.411, y para el año 2023 de \$2'636.161, debiéndose tener en cuenta



que se generará el correspondiente retroactivo pensional en el evento en que no se genere ninguna otra cotización efectuada por la demandante.

En el mismo sentido, el Despacho autoriza a COLPENSIONES a que una vez retornen la totalidad de los aportes realizados por la demandante del RAIS, se realice un nuevo cálculo de la mesada pensional, contabilizando la totalidad de las mesadas pensionales cotizadas por la actora, y en ese orden de ideas, en caso que haya lugar al pago del retroactivo pensional, igualmente se autoriza a COLPENSIONES a que realice el correspondiente descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró en primer en el presente caso debe analizarse si acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte, sin embargo, de la declaración de la actora no se desprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, pues no fue enterada de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales.



Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PROTECCION trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, y declaró no probada la excepción de prescripción.

Respecto a la pensión de vejez, dijo que la demandante nació el 6 de noviembre de 1964 y cumplió 57 años el 6 de noviembre de 2021, además contaba con 1636 semanas para esa calenda, cumpliendo con los requisito del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la mesada dijo al tener en cuenta el IBC de los últimos 10 años, arrojo un IBL de \$3.029.420 para el año 2021 y una tasa de reemplazo de 72.83% al contar con 1.636 semanas, lo que arroja una mesada para el año 2021 de \$2.206.411 y para 2023 de \$2.636.161, condenando a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a partir del 6 de noviembre de 2021, debiendo tener en cuenta para el efecto todas las semanas cotizadas por la demandante, por lo que una vez PROTECCIÓN remita todas cotizaciones, COLPENSIONES deberá verificar si se realizaron más cotizaciones con posterioridad, dado que si bien según la historia laboral no ha realizado más cotizaciones, si se deberá verificar esa circunstancia al momento del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Igualmente, ordenó que una vez COLPENSIONES cuente con todas las cotizaciones de la demandante, realice un nuevo cálculo de la mesada pensional, contabilizando todas las semanas cotizadas, debiendo pagar el correspondiente retroactivo a que haya lugar, descontando lo correspondiente a los aportes en salud. Absolvió del pago de intereses moratorios dado que aún COLPENSIONES no cuenta con las cotizaciones. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho al fondo privado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto solicita se revoque parcialmente el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y se condene en costas a COLPENSIONES conforme lo normado en los artículos 365 y 366 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral, en tanto fue demanda junto con el fondo privado, y al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones que allí invocadas, resultando vencida en juicio, por lo que procede tal condena.

Por su parte, COLPENSIONES en su impugnación solicita se revoque de manera parcial la sentencia objeto de censura en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que esa entidad no ha realizado cálculo alguno de la pensión que fue otorgada, por lo que solicita que se le permita realizar una liquidación conforme lo normado en la Ley 797 de 2003, para evitar un detrimento al erario público, dado que el monto reconocido por mesada es elevado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que

prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de julio de 1999, lo cierto es, que de acuerdo el reporte SIAFP que obra en el plenario, se observa que dicha vinculación que se hizo efectiva el 1º de septiembre de esa anualidad. (folio 77 archivo 12).

No obstante lo expuesto, huelga señalar que si bien los formularios refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en

efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante INGRID CONSUELO PRIETO ARIAS en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio de Bancafé el año 1999, la citaron a una reunión con los asesores del fondo la cual no duró más de veinte minutos, quienes le dijeron que le convenía cambiarse para tener un mejor futuro pensional y que obtendría mejores beneficios, además, refirió que suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, pero no le dieron mayor información, solo le dijeron que tendría una mejor pensión pero no le explicaron como la obtendría.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la COLMENA ahora PROTECCIÓN



S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte



Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia al ordenar a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los conceptos que dispuso en la sentencia de instancia.

d. De la pensión de vejez:

Pretende la demandante se reconozca y pague la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 29 años y 398.72 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (folio 147 archivo 01 y folios 13 a 24 archivo 11 – reporte de semanas expedida por Colpensiones).

Puestas así las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada, en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 6 de noviembre de 1964 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (folio 147 archivo 01), por lo que cumplió 57 años de edad el 6 de noviembre de 2021, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que la actora cuenta con un total de 1.635 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita en la Historia Laboral Consolidada expedida el 10 de febrero de 2023 por PROTECCIÓN S.A., fondo de pensiones en el que se encuentra afiliada en la actualidad (archivo 19); situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, en el caso de la promotora; por cumplir 57 años de edad en el año 2021 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Ahora bien, pese a lo anterior se advierte que la demandante no cuenta con fecha de retiro, según se avizora del citado reporte de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, y de las demás pruebas obrantes en el expediente, luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.



Lo anterior, como quiera que si bien la gestora en la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., que se llevó a cabo el 7 de febrero de 2023, manifestó que no se encontraba laborando, no puede obviarse el hecho, de que la Juez de instancia pese a haber calculado el monto de la pensión y determinado un valor de mesada para los años 2021 y 2023, también dispuso que se ser el caso, COLPENSIONES volviera a calcular la mesada teniendo en cuenta semanas cotizadas con posterioridad a la sentencia, sin tener analizar lo atinente al retiro efectivo del sistema general de pensiones, lo que imposibilitada calcular de forma precisa la mesada a reconocer, por lo que gozan de prosperidad los argumentos expuestos por COLPENSIONES en la alzada.

Acorde con lo expuesto, la prestación queda supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; por lo que no procede el reconocimiento de la pensión desde la fecha que determinó la *a quo*, hasta tanto, no se verifique el retiro del sistema. Ahora bien, cabe precisar que en el momento en que la entidad pública haya recibido los conceptos ordenados en la sentencia de primer grado, deberá determinar el monto de la mesada pensional con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable a la afiliada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable su aplicación de la indexación, .

En otro giro, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema. Consideraciones que compelen a esta Colegiatura a modificar la decisión de primer grado frente al reconocimiento pensional aquí estudiado desde la fecha y en los montos que señaló la Juez de instancia, para en su lugar ordenar su reconocimiento en la forma aquí indicada, es decir, hasta que se acredite el retiro efectivo del sistema.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la activa, respecto a la absolución de condena en costas en primera instancia a COLPENSIONES, debe memorarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo



145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

En consecuencia, se revocará parcialmente el numeral séptimo de la decisión de instancia y se condenará en costas a COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al pago de la pensión de vejez desde la fecha de cumplimiento de la edad de pensión por parte de la demandante, en los montos y tasa de reemplazo allí indicados. Para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a que reconozca y pague la pensión de vejez a la demandante de acuerdo a lo reglado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por

el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir de que se produzca su retiro del sistema general de pensiones, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, la cual deberá liquidarse conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, debiendo indexar las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, en caso de ser viable la aplicación de la indexación.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE numeral séptimo de la sentencia de primer grado que absolvió del pago de costas de esa instancia a COLPENSIONES, para en su lugar condenarla al pago de las mismas, la cual deberá tasar y liquidar el juzgado de origen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia a cargo por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



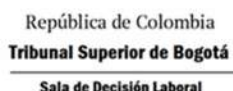
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Salvamento de voto



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



tutela en sentencia de 11 de junio de 2011, en tanto no se había cumplido el plazo otorgado en la sentencia de segunda instancia, la cual solo adquirió firmeza cuando se decidió que no sería objeto de revisión.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo en el cargo que venía desempeñando, a pagarle los salarios, los aportes a seguridad social y las prestaciones sociales dejadas de cancelar, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, anhela que se declare que la demandada terminó el contrato de forma unilateral e injusta, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo; razón por la cual debe ser condenada a pagarle la indemnización por despido injusto y la sanción de 180 días prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1.2 Supuesto Fáctico:

Como fundamento de sus aspiraciones, adujo que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 1º de abril de 2008 para desempeñar el cargo de Ingeniero de Sistemas, siendo afiliado por el empleador al Sistema de Seguridad Integral de Seguridad Social a través de la Entidad Promotora de Salud ALIANSALUD, la Administradora de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y la Aseguradora de Riesgos Laborales SURA; asimismo, precisó que dicho vínculo que se mantuvo hasta el 18 de marzo de 2011, calenda en que la Gerente de Recursos Humanos y Operaciones le remitió comunicación en la que le informaba la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

De otro lado, destacó que para diciembre de 2009, presentó dolor en el antebrazo derecho sin irradiación, dolor en cara flexora y había perdido la fuerza muscular en mano derecha, por lo que se determinó que padecía tendinitis de flexo extensores de puño derecho, y que como secuela de

enfermedad de profesional presenta pérdida de fuerza, dolor intermitente en mano derecha y dolor en su borde cubital, por lo que el centro de medicina diagnóstica SIPLAST, emitió recomendaciones y restricciones médicas y además fue remitido a la EPS, para continuar manejo médico de calificación origen y seguimiento de la ARL.

Refirió que estuvo incapacitado en varias ocasiones y se le realizaron diferentes procedimientos médicos en el año 2010, sin tener mejora alguna respecto de la enfermedad profesional que padece y que se generó con ocasión de los riesgos ergonómicos y ángulos inadecuados a los que estuvo expuesto en su vida laboral, sin que haya sido calificado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Relató que el 2 de noviembre de 2010, ALIANSALUD emitió dictamen No. 3008-ML-0751 en el que se le diagnosticó con tendinitis de flexo extensores de puño derecho y compresión del nervio cubital derechos en gotera epitrocleo olecranena y puño como de origen profesional, origen que no aceptó la ARL el 14 de marzo de 2011 mediante oficio No. CE 201141003916, ante lo cual el 25 de marzo de 2011 presentó ante esa aseguradora recurso de reposición y en subsidio apelación, manifestando estar de acuerdo con el origen, e informando su inconformidad respecto a la falta de calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, además, señaló que está pendiente de destararse el recurso de apelación en contra del dictamen emitido por la ARL SURA, la que remitió el caso el 5 de abril de 2011 a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE CUNDINAMARCA para que determine el origen y el porcentaje de PCL.

En otro giro, señala que el 18 de marzo de 2011 la Gerente de Recursos Humanos y Operaciones de la encartada le remitió carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa, por lo que el 28 de marzo de 2011, vía correo electrónico envió liquidación de prestaciones sociales por \$8.621.746, realizando descuentos sin su autorización y terminando el contrato de trabajo

estando en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, aunado a que le fueron suspendidos los servicios por parte de la EPS y la ARL a razón de la terminación y sin contar con autorización del Ministerio de Protección Social para terminar el contrato de trabajo.

Más adelante, destacó nuevamente que el 11 de diciembre de 2011 le fue terminado el contrato de trabajo sin invocar justa causa, padeciendo una enfermedad crónica como lo es la tendinitis, la cual era ampliamente conocida por el empleador, sin contar con el permiso del Ministerio de la Protección Social.

Acorde con lo anterior, adujo que el 8 de abril de 2011, radicó acción de tutela en contra de la pasiva, la cual conoció el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Penal Municipal Con Función de Control de Garantías, el cual profirió sentencia el 4 de mayo de 2011, amparando el derecho solicitado, la cual al ser impugnada fue confirmada por el superior el 15 de junio de 2011, empero, precisó que contaba con cuatro (4) meses para acudir a la jurisdicción ordinaria, por lo que el 12 de diciembre de 2011 la demandada le envió oficio ISSC- 630 mediante el cual le informa que a partir de esa fecha había decidido terminar el contrato de trabajo, la cual se fundaba en las mismas causales que dieron lugar al reintegro, cuando aún se encontraba en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se haya decidido tal situación. (Fls. 5 a 28 y 93 a 115 archivo 01).

1.3 Contestación de la demanda:

ISSC S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que los requisitos para que una persona pueda beneficiarse de la estabilidad consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que tenga una limitación moderada, severa o profunda, dado que no cualquier

incapacidad da lugar a la aplicación de la ley; que el empleador conozca dicho estado de salud; que termine la relación laboral por razón de la limitación física del trabajador y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social, lo cual no se acredita en el presente caso, ya que el gestor al momento de la terminación del contrato no estaba incapacitado, tampoco se encontraba calificado como limitado en los términos de la norma en cita y esa demandada no conocía la situación por tanto, reiterando que el finiquito no fue en razón de su limitación física.

Formuló como medios exceptivos de fondo los de inexistencia de la obligación, prescripción y pago. (Fls. 321 a 379 archivo 01).

1.3.1 Reforma a la demanda:

El demandante presentó reforma a la demanda adicionando al extremo pasivo a SEGUROS DE RIESGOS PROFESIONALES SURAMERICANA S.A. y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

De la misma forma, el gestor adicionó el acápite de pretensiones, en el que solicita se declare que la terminación de su contrato fue ineficaz, además, se declare la nulidad del dictamen No. 79388236 de 20 de enero de 2012, emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y que las patologías de tendinitis de flexo extensores de puño derecho, compresión del nervio cubital derecho en gotera epitrocleo olecranena y puño, son de origen profesional; en consecuencia, se condene a la entidad de seguridad social al pago de la indemnización por pérdida permanente parcial de capacidad, conforme al sistema general de riesgos profesionales.

En subsidio, solicita que en el evento en que su pérdida de capacidad laboral sea igual o superior al 50%, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Como sustento de las anteriores pretensiones, el promotor de la litis relató que el 28 de abril de 2011, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ CUNDINAMARCA emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 79388236, en el que le diagnosticó sinovitis y tenosinovitis y lesión del nervio cubital, las que determinó de origen profesional. No obstante, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en dictamen No. 79388236 de 20 de enero de 2012, indicó que dichas patologías eran de origen común.

De otra parte, añadió que fue afiliado a SEGUROS DE RIESGOS PROFESIONALES SURAMERICANA S.A., la cual de acuerdo a lo establecido en la Ley 776 de 2002, debe responder íntegramente por las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional, sin que incida que en la actualidad se encuentre o no afiliado a esa administradora. Asimismo, señaló que esa aseguradora no le ha pagado prestación alguna en razón a la enfermedad profesional que padece, la cual fue consecuencia de la exposición al riesgo biomecánico en vigencia de la relación laboral, patología que hace parte de la tabla de enfermedades profesionales, según lo preceptuado en el artículo 1º numerales 31 y 37 del Decreto 2566 de 2009.

Por último, precisó que sus labores cotidianas durante la relación laboral con la sociedad demandada, consistían en movimientos repetitivos de dedos, manos y antebrazos, relacionándose el sesenta por ciento de su jornada laboral con actividades de digitación; e igualmente, se observa que la activa adicionó el acápite de pruebas. (Fls. 95 a 103 archivo 02).

Mediante auto adiado el 8 de mayo de 2012, se tuvo por contestada la demanda por parte de la demandada ISSC S.A. y se admitió la reforma a la demanda que presentó por la parte actora, sin hacer mención a los nuevos demandados. Así las cosas, en proveído de 22 de junio de 2012, se admitió la demanda en contra de SEGUROS DE RIESGOS PROFESIONALES SURAMERICANA S.A. y a la JUNTA

NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. (Fls. 128 a 129 y 144 a 146 archivo 02).

Acorde con lo anterior, SEGUROS DE RIESGOS PROFESIONALES SURAMERICANA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que no es responsable de las pretensiones que se elevan en el *petitum*, menos aun cuando los riesgos que protege son de origen profesional y los padecimientos de salud son de origen común, argumentos que reitero en la contestación a la reforma a la demanda. Además, propuso como excepciones las de inexistencia de la nulidad del dictamen y validez del mismo, inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de SURATEP, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (Fls. 293 a 299 y 398 a 399 archivo 02).

Por auto de 18 de enero de 2013, se tuvo por contestada la reforma a la demanda por parte de la demandada ISSC S.A. Entre tanto, en proveído de 13 de marzo de 2013, tuvo por no contestada la demanda y la reforma a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y tuvo por contestada la SEGUROS DE RIESGOS PROFESIONALES SURAMERICANA S.A. (Fls. 374 a 376 y 401 a 402 archivo 02).

El Juzgado de origen en sentencia proferida el 31 de agosto del 2020, negó las pretensiones de la demanda y absolvió de las mismas al extremo pasivo; además, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y pago, e inexistencia de nulidad del dictamen validez del mismo, inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de SURA y cobro de lo no debido; así mismo, condenó en costas al demandante. (Archivos 09 y 10).

Seguidamente, esta Colegiatura en proveído de 30 de noviembre de 2020, declaró la nulidad de la sentencia de primer grado al no haberse integrado al contradictorio a la entidad promotora de salud y a la administradora de pensiones a la cual se encontraba afiliado el actor. (Fls. 20 a 26 archivo 12).

Acorde con lo anterior, mediante auto de 27 de enero de 2022 el Juzgado de primer grado vinculó a la litis a ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

Así, ALIANSALUD EPS S.A. al contestar la demanda y su reforma dijo que coadyuvaba la pretensión 10.2 de la reforma en la que se solicita se declare que la enfermedad de tendinitis de flexo de flexo extensores de puño derecho, compresión del nervio cubital derecho en gotera epitrocleo olecraneana y puño que padece el actor es de origen profesional.

Como excepciones propuso la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 18).

A su turno, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y la reforma, señalando que no se le podía condenar a reconocer y pagar la pensión de invalidez, toda vez, que el origen de la enfermedad del actor era de origen profesional conforme el dictamen No. 79388236 del 28 de abril de 2011 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Adicionalmente, no se acreditan los requisitos establecidos la Ley 860 de 2003.

Propuso como excepción previa la de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, la cual se declaró no probada en audiencia de 27 de septiembre de 2022. A su vez, propuso como de mérito las de falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 17).



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, absolvió a las demandadas y a las vinculadas de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, inexistencia de nulidad del dictamen validez del mismo, inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de SURA, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por el extremo pasivo. Por último, señaló que adicionaba la sentencia en el sentido de indicar que la objeción por error grave fue formulada también por el demandante y no solo por la demandada y no accedió frente a la sucesión procesal solicitada.

Para arribar a esa decisión, la juez de primer grado al realizar un análisis *in extenso* del causal probatorio, normativo y jurisprudencial para resolver el caso, precisando en inicio que el primer problema a resolver consistía en determinar si se debía dejar sin efecto el dictamen No. 79388238 de 20 de enero del 2012 por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN INVALIDEZ que determinó que las patologías que padece el demandante son de origen común.

Así las cosas, señaló que la JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA había emitido dictamen No. 798888236 el 28 de abril del 2011 en el que indicó que las patologías de sinovitis, tenosinovitis y lesión de nervio cubital padecida por el actor eran de origen laboral. Decisión que fue modificada el 20 de enero de 2012 por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ la cual dictaminó que las patologías del demandante eran de origen común, aspecto que fue ratificado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA en el dictamen que emitió el 20 de febrero del 2014 en que determinó que las patologías de sinovitis, tenosinovitis y lesión de nervio cubital que padece el gestor son de origen común, además, determinó que tenía un porcentaje de PCL del 14.72 % y fecha de estructuración del 20 de

febrero de 2014, pericia que fue complementado por la universidad en los términos expuestos a folios 520 a 524 del archivo 02.

Al referirse a la objeción por error grave que presentó en empleador demandado, señaló que ese claustro educativo analizó los antecedentes de calificación, el caso en concreto y emitió las conclusiones y recomendaciones pertinentes, por lo que si bien no fueron solicitadas por el Juzgado, lo cierto era, que tales consideraciones fueron necesarias para determinar el origen de la enfermedad y calificar la capacidad laboral encomendada, sin que le sea dable al operador judicial limitar la laboral del experto que rindió la pericia, además el dictamen tuvo en cuenta la historia clínica del demandante, el puesto de trabajo, los exámenes paraclínicos y médicos que se le realizaron a éste, concluyendo que el dictamen emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL no presenta error grave alguno, y por el contrato cumplió su finalidad por lo que lo tuvo en cuenta para los fines pertinentes.

Puestas así las cosas, concluyó que no había razón para dejar sin efecto el dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ ya que estuvo acorde a la ley y al estado de salud del demandante, en tanto, definió que las patologías padecida por el actor son de origen común y no profesional, lo que concuerda con lo dictaminado por la UNIVERSIDAD NACIONAL, de ahí, que al tener el gestor una PCL inferior al 50%, no tenía derecho a la pensión de invalidez, negando las pretensiones de la demanda formuladas en contra de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. y absolvió de paso a COLPENSIONES y a la EPS ALIANSALUD, además, precisó que tampoco se encuentra viable algún derecho que deba ser asumido por la EPS.

Como segundo problema jurídico a resolver, señaló que consistía en determinar los extremos de la relación laboral que sostuvo el actor con INFORMATICA DE SERVICIOS Y SOLUCIONES DE COLOMBIA S.A. – ISSC S.A., acotando sobre el particular que las partes celebraron un contrato de trabajo

a término indefinido el 1º de abril del 2008 y que dicho empleador el 18 de marzo del 2011 dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa. Sin embargo, fue reintegrado el 12 de mayo de 2011 a la sociedad demandada, a razón de una acción de tutela la cual fue concedida de manera transitoria, no obstante, al no acudir el gestor ante el juez natural dentro de los cuatro (4) meses siguientes, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo a partir del 12 de diciembre del 2011, sin que adeudara suma alguna al actor. De esa forma, concluyó que entre el demandante y la demandada ISSC S.A., existió un solo contrato de trabajo, vigente entre el 1º de abril del 2008 y el 12 de diciembre del 2011.

De otro lado, adujo que el tercer problema a dilucidar consistía en determinar si el accionante estaba amparado por la estabilidad laboral reforzada para la fecha de finalización del contrato de trabajo el 18 de marzo del 2011.

Sobre el asunto, la *a-quo* dijo después de analizar las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas, los dictámenes atrás analizados, la historia clínica y las incapacidades que presentó el demandante y las versiones de las partes y los testigos, que para el 18 de marzo de 2011, fecha de terminación del primer vínculo laboral el demandante no padecía una limitación física psíquica o sensorial y con el carácter del moderada, enmarcada dentro de los porcentajes de PCL iguales o superiores al 15% como para merecer la especial protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tal como lo ha indicado el órgano de cierre de esta especialidad, sin que sea suficiente por sí solo el quebrantamiento de la salud del trabajador o el encontrarse en incapacidad médica para considerarlo un sujeto de especial protección a través de la estabilidad laboral reforzada que se pregona.

Acotando que tampoco existe prueba que permitiera inferir que el demandante haya informado al empleador sobre el inicio del proceso de calificación del origen de la enfermedad que padecía, aunado a que el dictamen emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL estableció que no tenía una

calificación igual o superior al 15% y que el mismo actor indicó que para la fecha del interrogatorio ya se encontraba laborando para los servicios de otra empresa, entendiendo que no presentó nuevos quebrantos de salud que lo imposibilitaran para trabajar.

Dicho esto, concluyó que el actor no estaba amparado por la estabilidad laboral reforzada prevista por el artículo 26 de la ley 361 de 1997. De manera que su contrato de trabajo podía finalizar sin justa causa y sin autorización del Ministerio de Trabajo. En cuanto a la terminación del 12 de diciembre de 2011, dijo que tampoco para esa calenda gozaba de estabilidad laboral reforzada y recordó que la terminación de esa calenda obedeció a que no se había impetrado la acción pertinente ante el juez natural como se dispuso en los fallos de tutela que ordenaron su reintegro de manera transitoria, cesando así el amparo concedido. Absolviendo de las pretensiones principales y las subsidiarias de la demanda, y condenando en costas al gestor.

En otro giro, al referirse la Juez de instancia sobre la adición y la aclaración que solicitó la parte actora, frente a la objeción por error grave que elevó al igual que la demandada ISSC S.A. y la sucesión procesal de esa sociedad. Recordó que el trámite del dictamen emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL se hizo conforme lo previsto por C.P.C. y no por el C.G.P. dado que era la norma vigente para esa fecha, por ello se hablaba de objeción por error grave.

Así, aclaró que no era que haya dejado de resolver esa objeción, pues como viene de verse se refirió a la misma en la sentencia, sino que omitió mencionar que también había sido formulada por la parte demandante, adicionando la sentencia en ese sentido. Sobre la sucesión procesal a la que hizo alusión la activa después de dictarse la sentencia, dijo que ese estrado judicial no tenía conocimiento de que la empresa INFORMÁTICA DE SERVICIOS Y SOLUCIONES DE COLOMBIA S.A., estuviese liquidada, pues de ello solo se enteró hasta ese instante; empero, de acuerdo con el artículo 68 del C.G.P., en el caso de haberse dado una sentencia condenatoria la misma se extendería sus efectos a los

sucesores procesales, si los hubiese, negando la adición de la sentencia frente a la sucesión procesal.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Al respecto expuso que en el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que determinó como de origen común las patologías padecidas por el demandante, no se realizó una valoración integral de los antecedentes profesionales y patológicos del actor, ya que no tuvo en cuenta los factores de riesgo a los que estuvo expuesto en vigencia de cada una de las relaciones laborales, el tiempo de evolución de las patologías analizadas y la ausencia de medidas preventivas y de control por parte del empleador, así como el nexo de causalidad, aspectos si fueron tenidos en cuenta por la E.P.S. vinculada y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en el dictamen que emitieron, acotando que la UNIVERSIDAD NACIONAL incurrió en las mismas falencias de la Junta Nacional en el dictamen que profirió, situaciones que fueron puestas de presente en la objeción por error grave que presentó frente al dictamen emitido por la citada universidad.

De la misma forma, adujo que la *a-quo* se abstuvo de examinar los hechos que dieron origen y agravaron la condición incapacitante del ex trabajador, pues de haberlo hecho, hubiese concluido que los dictámenes que ofrecen mayor credibilidad son los proferidos por ALIANSALUD y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, los que sí estudiaron de manera integral las patologías padecidas por el actor, se tuvo en cuenta el tiempo de exposición, los factores de riesgo y los riesgos ergonómicos y biomecánicos a lo que estuvo expuesto el demandante en vigencia de la relación laboral y durante toda su experiencia profesional.

Agregó que no se analizó el nexo causal existe entre las patologías y la labor ejercida por el actor por espacio de once años, lo que se detalló en el panorama

de riesgos de 23 de marzo de 2010, el que indicó que éste estaba expuesto a movimientos repetitivos derivados de la digitación continua en su portátil, sin que la empresa demandada tomara medidas al respecto, ya que fue el mismo actor quien compró un teclado, el mouse y la base adicional, lo cual confirmaron los testigos BERNARDO CUBILLOS, RUTH MARI TORRES y ANDRÉS MAURICIO CORREA.

Aunado a lo anterior, el examen médico de egreso de folios 141 al 148 del archivo 01, evidencia que el promotor para marzo de 2011 presentaba limitaciones de los arcos de movimiento para realizar rotación externa de su muñeca, pérdida de fuerza y limitación funcional para la flexo extensión de su mano derecha, y el examen físico advierte que la extremidad superior derecha del actor presentaba edemas y pérdida de sensibilidad, entre otros. Lo que confirma la indebida valoración de la Juez de instancia, quien no estaba atada a una calificación, dada la libertad probatoria con la que cuenta el juez laboral, luego, no existe duda que el origen de las patologías del demandante es origen laboral y no común, como se estableció.

Frente a la absolución de la estabilidad laboral reforzada deprecada por el demandante para la época del finiquito del contrato, refirió que se demostró que durante su vinculación laboral, estuvo incapacitado por más de noventa y cuatro días, asistió a más de cuarenta sesiones de terapia física y paso por un proceso quirúrgico del cual tuvo conocimiento la demandada, contrario a lo sostenido por el representante legal de la encartada en el interrogatorio de parte, lo que le dejó secuelas permanentes en la movilidad y la funcionalidad de su extremidad derecha, situación que lo que le dificultaba el desarrollo normal de sus actividades.

Lo que se puede colegir de la comunicación remitida por la empresa demandada a la IPS PREMISALUD el 23 de marzo de 2010 en la que entrega documentos sobre presunta enfermedad profesional del accionante, del análisis de puesto de trabajo que efectuó el proveedor de la ARL SURA que se

anexa a la precipitada misiva, la notificación de la EPS ALIANSALUD al empleador respecto de la calificación del origen de las patologías padecidas por el trabajador de 2 de noviembre de 2010, esto es, antes de la finalización del contrato de trabajo de marzo de 2011, y la comunicación que remite la EPS a ISSC S.A. el 12 de noviembre de 2010 para que informe al demandante sobre la fecha y hora en la que será valorado en atención al trámite de calificación de origen que adelantaba ante esa entidad, lo que da cuenta de que esa accionada conocía los quebrantos de salud del promotor, según se corrobora de los folios 138 a 139, 216, 217, 219, 221 y 246 archivo 01.

Adicional a esas pruebas, se encuentran las incapacidades médicas que fueron a allegadas por el demandante a Talento Humano, las certificaciones de asistencia a terapias de rehabilitación física, la historia clínica que obran en el plenario, así como las recomendaciones que allegó la propia empresa en la contestación a la demanda, sobre las cuales en la contestación a la acción de tutela informó haber dado cumplimiento. Situaciones que corroboraron los testigos BERNARDO CUBILLOS, RUTH MARY PARDO y ANDRÉS CORREA, quien fueron contestes en firmar que todos en la empresa conocían el estado de salud del demandante, lo que conocía BERNARDO CUBILLOS quien era el jefe inmediato, y dijo estar al tanto de las limitaciones físicas que padecía al momento del despido, pues además indicó que en desarrollo de la relación laboral debió ser tolerante con el ex trabajador frente a su labor, dada su disminución en la eficiencia de su trabajo después de la cirugía de mano a la que fue sometido.

Reiterando que a la terminación del contrato de trabajo que se le notificó el 12 de diciembre de 2011, se dio con ocasión del estado de salud y a las patologías que padecía el demandante para la época del despido, lo que lo hacía beneficiario de la estabilidad laboral reforzada que reclama en atención a las patologías en lo aquejaban, por lo que solicita se revoque la sentencia objeto de censura y se accedan a todas las pretensiones del libelo demandatorio y la reforma a la demanda.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a la Sala dilucidar dos problemas jurídicos a resolver, así: i) establecer si en el presente asunto, es dable declarar la nulidad del dictamen No. 79388236 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN INVALIDEZ el 20 de enero de 2012; en caso positivo se estudiará la viabilidad de las pretensiones que se elevan a razón de esa declaración. E igualmente, se verificará ii) si el actor a la terminación del contrato de trabajo era acreedor a la estabilidad laboral que reclama, de ser así, se analizará la prosperidad de las pretensiones que enlista al respecto.

c. De la nulidad del dictamen:

Sea lo primero indicar, que no es objeto de reproche en esta instancia que entre el actor y la demandada INFORMATICA DE SERVICIOS Y SOLUCIONES DE COLOMBIA S.A. – ISSC S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de abril del 2008 el cual finalizó sin justa causa por parte del empleador el 18 de marzo del 2011. Además, que en cumplimiento de una acción de tutela el actor fue reintegrado el 12 de mayo de 2011 y que al no acudir ante el Juez natural dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia de tutela de segunda instancia que adicionó y confirmó la de primer grado que concedió el amparo constitucional de forma transitoria, dicha encartada dio por terminado el contrato de trabajo el 12 de diciembre del 2011.

Así las cosas, la activa manifiesta su inconformidad ante la decisión de la Juez de instancia, de dar validez al dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ el 20 de enero de 2012 que determinó que las patologías del actor son de origen común. (Fls. 314 a 318 archivo 02).

Expuesto lo anterior, imperioso resulta memorar que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 962 de 2005, el que a su vez fue modificado por el artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012, estableció:

“[...] Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”

Asimismo, cabe recordar que el parágrafo del artículo 40 del Decreto 1352 de 2013 y en el artículo 44 *ejusdem*, que los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de estos pueden ser sometidas a un control ante la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente como del grado de pérdida de la capacidad laboral y su fecha de estructuración.

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez o la Tabla de Calificación vigente en el momento de la calificación o dictamen que le otorgó el derecho, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe ser claro, preciso,

exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos y los fundamentos técnicos y científicos de sus conclusiones, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado, según se indica en el parágrafo 4º del artículo 30 y los artículos 40 y 54 del Decreto 1352 de 2013.

En el mismo sentido, el inciso 9º del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, reitera que tal calificación además debe contener los criterios técnico - científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente. Igualmente, el artículo 52 del Decreto 1352 de 2013 señala que la calificación de la invalidez debe ser integral de conformidad la Sentencia C-425 de 2005 y el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, lo cual aplica para las entidades del Sistema que tienen a su cargo los Riesgos de Invalidez y Muerte o bien de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.

En el caso concreto, es claro que para determinar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ debía tener en cuenta todas las anteriores consideraciones; no obstante, el dictamen emitido por la mencionada Junta, no es la prueba exclusiva para determinar los factores de cualquier afectación o patología y así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en varias oportunidades, entre otras, en sentencias con Radicación No. 24392 de 29 de junio 2005, reiterada en la SL5622-2014, Radicación No. 52072 y SL1420-2022, Radicado 91045 de 4 de mayo de 2022, que señalan que se deben estudiar todos los elementos probatorios con el fin de determinar cuáles son las que forman el convencimiento suficiente para definir el problema jurídico planteado.

En punto de lo anterior, de los argumentos esgrimidos por la activa en la alzada sobre el particular, se advierte que la EPS ALIANSALUD dirigió comunicación al actor el 2 de noviembre de 2010, en el que le informa que ha calificado el origen de las patologías que padece de tendinitis de flexo extensores de puño derecho, compresión del nervio de cubital derecho en gotera epitrocleo olecranena y puño son de origen profesional. (Fls. 138 a 142 archivo 01).

Por su parte, la ARP SURA el 14 de marzo de 2011, informó al actor que no aceptaba la profesionalidad de dichos padecimientos y dispuso remitir a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para lo de su competencia. (folios 145 archivo 01 y folios 304 a 305 archivo 02).

Acorde con lo anterior, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA en dictamen proferido el 28 de abril de 2011, al calificar los diagnósticos de otras sinovitis y tenosinovitis, lesión del nervio cubital, determinó que tales patologías eran de origen profesional. (Fls. 482 a 485 archivo 01).

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ al desatar los recursos de reposición y apelación interpuestos por la ARP SURA, en dictamen proferido el 20 de enero de 2012, concluyó de los diagnósticos analizados en el dictamen objeto impugnado, era de origen común. (folios 314 a 318 archivo 02).

Así las cosas, ha de precisarse que el Juzgado primigenio en el transcurrir del trámite procesal, decretó como prueba un dictamen pericial el cual fue rendido por la UNIVERSIDAD NACIONAL, la que emitió la respectiva pericial el 20 de febrero de 2014, en el que calificó los diagnósticos de sinovitis y tenosinovitis y lesión del nervio cubital como de origen común, con una PCL del 14.77% y fecha de estructuración de 20 de febrero de 2014. El cual fue complementado (folios 488 a 494 y 520 a 524 archivo 02).

Respecto de dicho medio de convicción, se surtió su contradicción en los términos del artículo 238 del C.P.C. el cual fue objetado por error grave por el actor. (Fl. 525 y 526 a 532 archivo 02)

De cara a lo anterior, y en punto de los argumentos expuestos en la apelación por la activa, considera esta Colegiatura que el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que determinó que las patologías padecidas por el demandante eran de origen común, cumple con los presupuestos de ley; y ello es así, dado que al analizar dicho documento se puede evidenciar que los profesionales que rindieron tal pericia, en efecto tuvieron en cuenta los antecedentes profesionales y patológicos del actor, los factores de riesgo a los que estuvo expuesto, el tiempo de evolución de las patologías analizadas y el nexo con las actividades desarrolladas.

Lo anterior, en tanto al verificar la experticia en cuestión se advierte que allí se indica la ocupación del gestor como Especialista Administrativo en la demandada ISSC S.A., además el mismo demandante informa a los galenos que sus padecimientos inician hacia diciembre de 2009, es decir, que no comenzaron el 1º de abril de 2008, fecha en la que comenzó labores con dicha demandada, luego, no se trata de una situación que padezca hace más de once (11) años como se aduce en la impugnación.

Igualmente, se tuvo en cuenta la historia clínica del paciente, el análisis de puesto de trabajo que en efecto contiene análisis biomecánico y ergonómicos y se llevaron a cabo exámenes o pruebas paraclínicos, elementos que le permitieron a la citada Junta Nacional, determinar que las patologías de otras sinovitis y tenosinovitis MDS y lesión del nervio cubital MDS, eran de origen común.

Cabe mencionar, que si bien los testigos a los que hace alusión la parte impugnante, señores BERNARDO CUBILLOS, RUTH MARI TORRES y ANDRÉS MAURICIO CORREA señalaron que el actor tuvo que suministrar algunos

elementos, como el teclado, el *mouse* y la base para levantar para el portátil, esa situación por sí sola no conlleva a determinar que las patologías analizadas son de origen profesional, además el testigo BERNARDO CUBILLOS dijo que cuando el promotor fue reintegrado le asignaron un puesto de trabajo permanente y le suspendieron el portátil, herramienta de trabajo que era propia de su labor como ingeniero de sistemas, aunado a que dicho testigo dijo no recordar cuando fue que el trabajador trajo tales elementos, a su vez, los demás testigos al unísono dijeron que eso lo sabían porque el actor les contó que los adquirió o creían que los había comprado, no porque les constara, a excepción del teclado pues el testigo MAURICIO CORREO dijo que estuvo presente cuando lo compró. De otro lado, si bien el examen de egreso hace algunas observaciones, lo cierto es que para en la elaboración del dictamen cuestionado se llevaron a cabo otras valoraciones de la misma índole, que le permitieran arribar a la conclusión a la que llegó la Junta Nacional, es decir, que las enfermedades eran de origen común.

De la misma forma, no puede soslayarse que en el dictamen emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL, también tuvo en cuenta tales aspectos, pues allí además de hacer mención a la labor que desarrollaba en la sociedad demandada el actor, refiere que se tiene en cuenta los cuatro trabajos desempeñados antes de su ingreso a la empresa accionada, acotando que al ser corto el tiempo de exposición a las condiciones de riesgo para explicar la aparición de tales padecimientos, ello conlleva a determinar que la enfermedad es no profesional, por el contrario, si la EPS del gestor hubiese aportado evidencia clínica y paraclínica de que al ingreso a ISSC S.A. el paciente tenía tales enfermedades al ingreso, esa situación conllevaría a concluir que las patologías analizadas si serían de origen profesional, aspecto que en efecto no detalla la calificación que realizó la EPS, dictamen que en efecto como lo adujo la Juez de instancia no adolece de error grave, pues se denota ajustado a los parámetros que exigen las normas que regulan la materia.

En cuanto a la ausencia de medidas preventivas, no se encuentra que esa manifestación sea del todo cierta, pues los referidos testigos y el actor, adujeron que al actor le daban espacio para realizar pausas activas y asistir a las citas médicas, aunado a que los testigos no supieron señalaron que estuviera desprotegido por las entidades de seguridad según, según manifestó el testigo MAURICIO CORREO.

Conclusiones todas, que llevan a la Sala a determinar que la Juez de instancia no erró en la valoración que efectuó frente al dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 20 de enero de 2012; luego, goza de plena validez, como quiera que no se logró demostrar que padezca las falencias que señaló la activa en la alzada, pues se itera, no se acreditó que el referido dictamen haya incurrido en error al establecer el origen de las patologías analizadas por esa entidad, como de origen común. Lo que compele la confirmación de la sentencia de primer grado en ese puntual aspecto, lo que impide avanzar con el estudio de pretensiones que se desprendían de la nulidad deprecada como se señaló por parte de la *a quo*.

d. De la estabilidad laboral reforzada:

Ahora, en torno al segundo problema jurídico planteado considera esta Colegiatura necesario traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, en la que refirió que la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

“[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general

y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

“Y añadió, que tales preceptos, además,

“[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

“Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

“[...] Ley 82 de 1988 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”; [...]; Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”; Ley 762 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”; [...]; Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997.”; Ley 1346 de 2009 “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”; y la ley estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad

y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

“De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

“[...] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.” (Subrayado por la Sala).

Adicionalmente, la Alta Corporación dijo en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022, efectuó las siguientes precisiones sobre el tema, así:

“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

“[...] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

*“En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral**, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

“Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

“En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

*“En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una **condición de discapacidad relevante**, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Ahora, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL4555-2021, Radicación No. 83533 de 27 de septiembre de 2021, expuso sobre el valor que se debe dar a la historia clínica o las incapacidades del trabajador, o a otras situaciones, en tratándose de estabilidad laboral reforzada, lo siguiente:

“Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

[...]

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

(...)

“Por esa razón, uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo.”

Bajo ese escenario, y frente a los reparos efectuados por el demandante en la alzada, encuentra esta Corporación que en efecto el actor fue diagnosticado con sinovitis y tenosinovitis no especificada; además, que estuvo incapacitado como consecuencia de tales diagnósticos los días 19 a 20 de enero de 2010, 9 a 10 de febrero del 2010, 27 al 28 de abril del 2010, 13 al 27 de julio del 2010, 5 al 24 de agosto de 2010 y fue objeto de varias terapias a razón de la cirugía de nervio cubital, como se evidencia de la historia clínica, además que desde el 14 de diciembre de 2010 solo regreso a terapia el 22 de marzo de 2011. (Fls. 255 a 304 archivo 01).

También se observa que el 2 de noviembre de 2010 el actor fue informado por parte de la EPS ALIANSALUD del origen de las patologías de tendinitis de flexo extensores de puño derecho, compresión del nervio de cubital derecho en gotera epitrocleo olecranena y puño, además fue citado el 16 de noviembre de 2010 a través del empleador a valoración médica por parte de la citada entidad promotora de salud, además la comunicación que emitió la sociedad accionada ISSC S.A. a la IPS PREMISALUD con la entrega de documentos de una presunta enfermedad profesional del actor, data del 23 de marzo de 2010, es decir, casi un año antes de la terminación del contrato de 18 de marzo de 2011. (Fls. 138 a 142, 246, 522 a 523 archivo 01).

Entre tanto, el Represente Legal de la demandada ISSC S.A., dijo en el interrogatorio de parte que no tenía conocimiento de las patologías del actor, pues en su momento les llegó un documento donde la ARL SURA dijo que tenía un reporte médico de una enfermedad de origen común, sin que se pueda entender con ello que en efecto tenía total conocimiento de un posible proceso de calificación o tuviese en una situación de salud relevante que le impidiera

desempeñar su trabajo a cabalidad o seguir su vida productiva como se dijo en sentencia SL2610-2022.

Además, de las documentales que reposan en el plenario y que fueran aportadas por las partes, no se evidencia que se haya notificado al empleador directamente del proceso de calificación por parte de la EPS o que las incapacidades otorgadas hayan sido significativas en términos de tiempo antes del finiquito de 18 de marzo de 2011, pues el hecho que los testigos BERNARDO CUBILLOS, RUTH MARI TORRES y ANDRÉS MAURICIO CORREA, hayan indicado que sabían que el actor tenía ciertos padecimientos de salud, ello, no conlleva a establecer que el empleador supiera con total certeza de una situación de salud que le impidiera efectuar sus labores.

Adicionalmente, cabe recordar que la historia clínica cuenta con reserva legal, por lo que no tenía el empleador por qué conocer el estado de salud del gestor, asimismo, nótese que como lo dijo la *a quo* el actor desde diciembre de 2010, solo acudió al médico después de finiquito, además sus patología le permitieron continuar laborando con posterioridad al retiro de la empresa demandada, pues así lo indicó en el interrogatorio de parte, e igualmente se extrae del reporte de semanas que allegó COLPENSIONES, donde se observan cotizaciones con otros empleadores a partir del mes de marzo de 2012 hasta el año 2021, además, no se pueda pasar por alto que el dictamen que emitió la UNIVERSIDAD NACIONAL, dio cuenta que su PCL es inferior al 15%, y tiene una fecha de estructuración posterior al retiro, como viene de verse, lo que se acompasa con lo decidido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

En consonancia con lo anterior, si bien no se puede desconocer que con posterioridad al inicio del contrato con la demandada ISSC S.A. el actor comenzó a padecer diferentes quebrantos de salud como ya se expuso ampliamente, lo cierto es, que no se podría decir que el finiquito de la relación contractual fue con ocasión de la condición de salud de éste, pues para la fecha en la que la pasiva entregó la carta de preaviso al trabajador, es decir, para el

18 de marzo de 2011, no se encontraba incapacitado, ni tenía recomendaciones médicas.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo con las pruebas recaudas en el trámite procesal no es posible inferir que la terminación del contrato devino como consecuencia del estado de salud del promotor, por la facultad que le asiste al empleador de finalizar la relación laboral sin justa causa, con el pago de la indemnización correspondiente, de ahí, que no era necesario que el empleador obtuviera permiso administrativo para terminar la relación laboral, lo que conlleva a la absolución de las pretensiones relacionadas con la estabilidad laboral reforzada que se reclama por activa, con bien lo concluyó la Juez de instancia.

En cuanto a la terminación de 12 de diciembre de 2011, tampoco se puede colegir que la misma fuera a consecuencia del estado de salud del promotor como lo señala el apelante, pues esa situación se dio como consecuencia, de la cesación de los efectos del amparo que originaron el reintegro del demandante, pues recuérdese que el fallo de tutela de segunda instancia de 15 de junio de 2011, que confirmó la orden de reintegro dispuesta por el Juez constitucional de primer grado, agregó que el amparo era transitorio y que el gestor contaba con cuatro (4) meses para ejercer la acción laboral, so pena de cesar los efectos del amparo concedido, lo cual solo se dio hasta el 16 de diciembre de 2011, es decir, con posterioridad a dicho plazo. (Fls. 70 a 88 y 168 archivo 01).

Como corolario de lo expuesto, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 27 2021 00246 01
 Demandante: ANGELA MIREYA CARDENAS MENDEZ
 Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificado con cédula de ciudadanía 1.032.360.658 y T.P. 198.680 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ÁNGELA MIREYA CÁRDENAS MENDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se



declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de agosto de 1994 por el incumplimiento del fondo de su deber de información.

Como consecuencia de dicha declaración, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones y bonos pensionales con los rendimientos que se hubieren causado, además, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada, e igualmente, reciba las sumas generadas por la devolución de los anteriores conceptos, y contabilice para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y se condene en costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS, donde cotizó a pensión desde el 12 de julio de 1984 y que el 1º de agosto de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., sin que ese fondo al momento del traslado la asesorara de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias y características de ambos regímenes pensionales, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen que administra, los beneficios, ventajas y desventajas de ese régimen, y en general las implicaciones de esa decisión sobre sus derechos pensionales.

Añadió que el fondo privado no la asesoró respecto del régimen pensional que más le convenía, teniendo en cuenta su historia laboral, edad y el tiempo laborado y cotizado, o el monto que necesitaba para pensionarse en ese fondo, además no realizó proyecciones de su pensión en ambos regímenes pensionales.

De otra parte, expuso que solicitó a PROTECCIÓN S.A. a través de petición los documentos que soportan su afiliación y traslado a ese régimen, ante lo cual recibió respuesta de forma incompleta el 24 de marzo de 2021. Además, señaló



que solicitó a COLPENSIONES el traslado del régimen, pedimento que fue negado por esa entidad. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información a la actora por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte de la promotora sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente sostuvo que no se cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (archivo 21).

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.



Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (archivo 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ÁNGELA MIREYA CÁRDENAS MÉNDEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., efectuado el 01 de agosto de 1994, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ÁNGELA MIREYA CÁRDENAS MÉNDEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada formuladas por COLPENSIONES y las de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe propuestas por PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar la correcta y clara asesoría suministrada al momento del traslado a la gestora sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, carga probatoria que pretende demostrar, con el formulario de afiliación el cual no es prueba idónea para satisfacer ese deber.

En cuanto al formulario de reasesoría que se allega con la contestación de la demanda, señaló que tampoco da cuenta del cumplimiento de ese deber al momento del traslado de régimen, la que se dio faltando dos días para llegar al límite de la edad establecida para trasladarse; concluyendo así, que el fondo privado había incumplido con el deber de información, por ende, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución de los valores que haya recibido PROTECCIÓN S.A. con motivo de esa afiliación, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a ese fondo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, sostuvo que no comparte la decisión de instancia, toda vez que en el trámite del proceso no se logó demostrar el engaño sufrido por la demandante y la falta de información al momento del traslado, pues al revisar el formulario de afiliación se encuentra que el traslado al fondo privado se hizo de forma libre y voluntaria, cumpliendo así con el lleno de requisitos legales, sin que en ninguna oportunidad manifestara su deseo de retractarse de su decisión, razón por la cual no puede ordenarse un regreso automática al régimen que administra.



Señaló que no obra prueba alguna que evidencie un vicio en el consentimiento, constreñimientos o presiones indebidas para llevar a cabo el traslado de régimen de la accionante, la cual nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, sin que sea procedente alegar después de 28 años que fue engañada, solo por el hecho de observar sus expectativas perdidas, de esa forma, se concluye que la vinculación a la administradora del RAIS se ajustó a la ley, estando a cargo de la gestora probar sus afirmaciones conforme lo normado en el artículo 1516 del Código Civil.

Finalmente, indicó que esa entidad ha estado sujeta a los lineamientos jurisprudenciales plasmados en sentencias C-189 de 2002, SU-062 de 2010, C-610 de 2004, SU-130 de 2011, SL 17595 de 2017, entre otras, que han tratado el tema de las ineficacias del traslado o nulidad del traslado, las que sustentante la imposibilidad de la actora de regresar al régimen que administra, por tanto, solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, y le absuelva de todas y cada una de las pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que

prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, argumentos que dejan sin sustento los argumentos de COLPENSIONES en su impugnación.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de junio de 1994, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de julio de esa anualidad, y que el formulario del traslado a PROTECCIÓN S.A. el 19 de junio de 2022, vinculación que se hizo efectiva el 1º de agosto de 2002, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (folios 24, 25 y 26 archivo 23).

Formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante ANGELA MIREYA CARDENAS MENDEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, manifestó que su traslado a DAVIVIR fue producto de su vinculación a SEGUROS BOLIVAR, dado que pertenecían al mismo grupo, por lo que solo le entregaron el formulario el cual estaba pre diligenciado y ella lo único que hizo fue firmarlo de manera voluntaria, sin recibir asesoría, ya que solo le dijeron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se extinguiría y que allí iba recibir su pensión, de otra parte, expuso que solo recibió una reasesoría, pero ya no podía trasladarse por ultimo adujo que su motivación para trasladarse es tener una pensión digna.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido*

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la DAVIVIR ahora PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus

rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando

las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.



Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN a indexar los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los



seguros previsionales al momento del pago, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 28 2017 00418 01**
Demandante: LUZ MARINA PINEDA TONCÓN
Demandado: COLFONDOS S.A. y MEDIMÁS EPS EN LIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADADA a la abogada LIZETTE DANIELA RODRÍGUEZ LOZANO, identificada con cédula de ciudadanía 1.088.335.442 y T.P. 321117 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, precisa la Sala que la profesional del derecho allega escrito a través del cual solicita la terminación del proceso por cuanto a través de Resolución No. 2083 de 2023, el liquidador de la entidad declaró terminada la existencia legal de la misma.

De entrada, advierte la Sala que su solicitud se **NIEGA**, en tanto, el inciso 6 del artículo 76 del C.G.P., aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral, dispone:

“La muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.”

En tal sentido, clara es la norma en regular la continuidad del procedimiento independientemente de la extinción de personas jurídicas como es el caso de



SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, por lo que no le asiste derecho a la profesional del derecho.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, en contra de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A., a fin de declararse que la encartada debe pagarle las incapacidades generadas desde el día 180, esto es, 7 de diciembre de 2013, hasta la fecha de estructuración de su invalidez que lo fue el 26 de septiembre de 2015.

Por consiguiente, se le condene a COLFONDOS S.A. pagar las incapacidades por el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2013 y el 26 de septiembre de 2015 en cuantía de \$16.180.592 o, en su defecto, el valor que resulte probado en el proceso, junto con el pago de intereses moratorios a la tasa máxima vigente en que se efectúe el correspondiente pago y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 1º de junio fue calificada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 61.20% de origen común, y fecha de estructuración de la invalidez del 26 de septiembre de 2015.



Que a partir del 26 de septiembre de 2015, la encartada COLFONDOS S.A. reconoció y pagó a su favor pensión de invalidez de origen común equivalente a un S.M.L.M.V., así como que SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA le expidió y pagó incapacidades de manera continua hasta el día 180.

Seguidamente, relató que a partir del día 180, esto es, el 8 de diciembre de 2013, le correspondía el pago de las incapacidades al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliada que era COLFONDOS S.A.

Que desde el día 180 y hasta la fecha de estructuración de su invalidez que fuese determinada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a partir del 26 de septiembre de 2015, SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA continuó expidiendo una serie de incapacidades.

Expuso que, por intermedio de apoderado, el 7 de julio de 2016 solicitó a COLFONDOS S.A. el pago de las incapacidades causadas y no pagadas, a lo cual la pasiva en comunicado adiado el 1º de agosto de 2016 negó el reconocimiento de las mismas con el argumento que el concepto de rehabilitación emitido por SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA había sido desfavorable.

Por último, sostuvo que COLFONDOS S.A. ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen común a partir de la fecha de estructuración, sumado a que, a la fecha de presentación de esta demanda contaba con 52 años de edad, siendo considerada como una persona inválida a razón de diferentes patologías de quebrantos en su salud.

Asimismo, la demandante elevó reforma de la demanda, pretendiendo que en caso de que no se declare que COLFONDOS S.A. debe pagar el subsidio de incapacidades con posterioridad al día 540 y hasta la fecha de estructuración, la EPS MEDIMAS debe pagarle las incapacidades generadas desde el día 540 en adelante hasta la fecha el 26 de septiembre de 2015.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda admitiendo lo concerniente a la calificación que se le efectuara a la demandante por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, así como que, con ocasión de ello, a la actora le fue reconocida pensión de invalidez de origen común a partir del 26 de septiembre de 2015.

Argumentó a su vez resultar impróspero el pago de las incapacidades perseguidas a su cargo como administradora pensional con posterioridad a los 180 días, en la medida que las mismas se encuentren supeditadas a que se postergue el trámite de calificación de invalidez a razón de la existencia de un concepto médico favorable de rehabilitación el cual no se dio, al tiempo que a la actora le fue reconocido el pago de una pensión de invalidez.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de pago de incapacidades médicas, responsabilidad de pago de las incapacidades médicas a cargo de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, límite de la obligación y la innominada o genérica.

A su vez formuló llamamiento en garantía respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., bajo el entendido que con dicha aseguradora se contrató la póliza No. 9201408900114 – 9201409003175 para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o sobrevivencia de sus afiliados, donde la aseguradora se comprometió a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia que se causan a favor de afiliados, así como el auxilio funerario y subsidios por incapacidad a que haya lugar, póliza de cobertura que abarca el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2014. En igual sentido se pronunció con ocasión de la reforma de la demanda.



MEDIMAS EPS contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no es la llamada a responder sobre lo perseguido por la demandante, máxime si se tiene en cuenta que se afilió ante sus dependencias a partir del 1º de agosto de 2017.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la innominada.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. al contestar la demanda coadyuvó la defensa de la demandada COLFONDOS S.A., indicando que dentro del presente asunto no concurren los elementos y requisitos legales para que el pago de incapacidades temporales sea obligación, como quiera que no existió concepto favorable de rehabilitación de la aquí demandante, lo cual era requisito necesario conforme a la legislación vigente.

Expuso como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación o responsabilidad a cargo de COLFONDOS S.A. – la demandante no cumplía con los requisitos definidos legalmente para que la AFP asumiera el pago de las incapacidades posteriores al día 180 y hasta el día 540 puesto que no contaba con concepto favorable de rehabilitación, inexistencia de la obligación o responsabilidad a cargo de COLFONDOS S.A. – el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540 deben ser asumidos por la EPS a la cual se encuentra afiliada la demandante, prescripción de las hipotéticas prestaciones pretendidas por medio de la presente acción, buena fe y genérica.

El Juzgado mediante proveído calendado el 7 de marzo de 2019 vinculó en calidad de litis consorte necesarios a SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA y a CAFESALUD EPS.

Por tal razón, SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA adujo oponerse al reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, como quiera que dentro del caudal probatorio no se observa que la demandante hubiese desplegado acción alguna directamente ante sus dependencias atinente al



pago de incapacidades, sumado a que no puede perderse de vista que la actora contaba con un término de tres años para solicitar el pago de dichos rubros de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011.

Por otro lado, refirió que a la luz del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, le fueron pagadas a la demandante prestaciones económicas hasta el 24 de noviembre de 2013, fecha en que acumuló 180 días de incapacidad, por lo que debe ser el fondo pensional quien sufrague las incapacidades superiores al día 181.

Los medios exceptivos impetrados fueron los denominados prescripción y pago.

CAFESALUD S.A. EN LUIQUIDACIÓN en términos generales manifestó no adeudar concepto alguno por incapacidades respecto de la aquí demandante señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN, ya que para la fecha alegada la misma no se encontraba afiliada ante sus dependencias.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022 condenó a SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA reconocer y pagar a favor de la demandante señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN las incapacidades temporales causadas por el periodo comprendido entre el 5 de junio y el 2 de diciembre de 2014 de manera indexada.

Asimismo, declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción formulada por SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA y no probada la de pago, declarando a su vez probada la excepción interpuesta por COLFONDOS S.A. atinente a inexistencia de la obligación de pago de incapacidades médicas.

Absolvió sobre el restante de pretensiones frente a SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA y los demás sujetos que integran el contradictorio.

Para arribar a dicha conclusión, expuso *la a-quo* en primer lugar que, en lo relativo al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas temporales por enfermedad común como es el asunto de la demandante, el artículo 1º que modificó el Parágrafo 1º del Decreto 1406 de 1999, señala que en el sistema general de seguridad social en salud estará a cargo de los empleadores las prestaciones económicas que correspondan a los 2 primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y por parte de la EPS a partir del día 3 hasta el día 180, para que, desde el día 181 conforme al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, en caso de accidente o enfermedad común siempre que exista concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, tendrá la administradora de pensiones que postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por un máximo de 360 días calendario adicionales a los 180 días de incapacidad temporal reconocidos por dicha EPS, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiese expedido, la AFP otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Que no obstante, dicho concepto de rehabilitación debe expedirse por parte de la EPS antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y, remitirlo antes del día 150 al fondo de pensiones correspondiente; sin embargo, advierte la norma que cuando la EPS no expida concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar ésta última deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los 180 días iniciales a cargo de sus propios recursos y hasta cuando se emita el respectivo concepto.

Expuso la operadora de instancia que lo anterior registra importancia, en tanto se constituye en el fundamento jurídico con que la AFP COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda al indicar que no existió concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS y se postergó el trámite de



calificación de invalidez, concluyendo que es SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA la encargada del reconocimiento de las incapacidades pretendidas.

Que en tal sentido, confrontado el caudal probatorio, se aprecia que para la fecha de elaboración del dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante, esto es, el 1º de junio de 2016, no se tenía noticia sobre la existencia de un concepto de rehabilitación, concluyendo que dicho concepto favorable o desfavorable no fue acreditado por parte de la EPS encargada como lo es SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, de allí que fuese esta la encargada de pagar incapacidades hasta el día 540, refiriendo que se prueba dentro del plenario que el día 181 se efectivizó a partir del 8 de diciembre de 2013 extendiéndose hasta el día 540 que lo fue el 2 de diciembre de 2014.

En este punto, la *a-quo* advirtió que si bien el pago de incapacidades abarcaría hasta el 25 de septiembre de 2015 y que por demás fueron expedidas por SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, en tanto, a la actora le fue reconocida pensión de invalidez por parte de COLFONDOS S.A. a partir del 26 de septiembre de 2015, lo cierto es que el 2 de diciembre de 2014 (día 540), reinaba un vacío legal para el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común cuando no existía calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50%; circunstancia por la cual, en inciso 5º del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 únicamente regulaba que en casos de accidente de enfermedad común en los que existiera concepto favorable de rehabilitación la AFP con autorización de la aseguradora que hubiese expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia podía postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los 180 días de incapacidad temporal otorgados por la EPS, siempre y cuando se otorgara un subsidio equivalente de incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Luego, tan solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 1753 que lo fue el 9 de junio de la misma anualidad, es que en virtud del artículo 67 del mismo cuerpo normativo los recursos del ADRES empezaron a ser destinados también para

pago a las EPS por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconozcan a los afiliados al sistema incluido el pago de incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos como es el caso de la aquí demandante, es decir, que el vacío legal en tal sentido se intentó superar en esta oportunidad; posteriormente y en desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017, consideró que en aquellos casos en que los días de incapacidad superen los 540, aún si existe pérdida de capacidad laboral superior al 50% el pago debe ser asumido por las EPS para finalmente, a través del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, se dispuso la obligación de igual manera a cargo de las EPS a partir del día 541, siempre y cuando existiera concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, que el paciente no hubiese tenido recuperación durante el curso de la enfermedad de origen común y cuando se hayan presentado limitantes que prolonguen en el tiempo la recuperación del paciente; circunstancia por la cual, correspondía al empleador de la demandante el reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron emitidas después del día 540, esto es, el 2 de diciembre de 2014 y en adelante hasta el 26 de septiembre de 2015, empleador que por demás no fue convocado al presente, de allí que no es posible emitir condena en contra de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, refirió que el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 señala que el término de prescriptibilidad sucede en el término de 3 años, contados a partir de que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador y que para el presente asunto conforme al detalle de las incapacidades aportado por SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, se tiene que el pago de las prestaciones económicas reclamadas se rechazaron por esta última, es decir, que las incapacidades tampoco fueron reconocidas al empleador de la demandante, por lo que el término prescriptivo no puede contarse en comento.

Sin embargo, nótese que la entidad SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA que resultó obligada al pago de las prestaciones económicas demandadas fue vinculada al trámite procesal en el transcurrir del proceso, lo cual explica la



ausencia de reclamación alguna por la actora ante esta, más aún si se tiene en cuenta que la demandante planteó la discusión a COLFONDOS S.A. como la obligada del pago de lo pretendido, por lo que de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T. y de la S.S., para efecto del cómputo de la prescripción debe partirse de la fecha de radicación de la demanda que lo fue el 5 de junio de 2017; circunstancia por la cual, declaró probado de manera parcial el medio exceptivo por las incapacidades causadas con anterioridad al 5 de junio de 2014, debiendo tener el pago de las mismas a favor de la actora hasta el 2 de diciembre de igual anualidad, última fecha en que se arribó a los 540 días de incapacidad, monto de incapacidades que deberá pagarse sobre el 50% del S.M.L.M.V. para el año 2014 como quiera que no se logra probar un ingreso base de cotización diferente al salario mínimo, monto que se cancelará de forma indexada.

En cuanto a los intereses moratorios solicitados al tenor de lo estatuido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que no hay lugar a condena en la medida que los mismos proceden ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que no se aplica al presente asunto.

Por último, no condenó a los demás sujetos pasivos, pues consideró que se acreditó que fue SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA donde estuvo afiliado la actora al momento de la ocurrencia de las incapacidades objeto de reproche.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que debido a la imposición del pago de incapacidades en responsabilidad de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, la misma se encuentra en proceso liquidatorio, por tanto, sus afiliados fueron remitidos a MEDIMAS EPS, por lo que es esta última quien debe asumir el pago de las incapacidades.

Asimismo, solicita el reconocimiento y pago de las incapacidades se efectúe desde el día 180, es decir, 7 de diciembre de 2013, sin que se tenga como



prueba la excepción de prescripción de acuerdo a lo manifestado por la *a-quo*, como quiera que la reclamación de pago se elevó en su momento ante COLFONDOS S.A. por considerarse que era la AFP quien debía asumir el pago de las incapacidades, así como que el pago debe realizarse hasta el 26 de septiembre de 2015, fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, pues si bien es cierto existe un vacío para el pago de incapacidades con posterioridad al día 540, la Corte Constitucional ha determinado que es la EPS quien debe asumir dichas incapacidades.

Igualmente, que debe prosperar el pago de los intereses moratorios.

SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA a su vez arguyó en su alzada que la Corte Constitucional ha sido reiterativa, especialmente en la sentencia T-401 de 2017, en resaltar que efectivamente las incapacidades de origen común que superen los 180 días corren a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación; no obstante, para el presente asunto sí fue emitido el concepto de rehabilitación dentro de los términos establecidos en la normatividad vigente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar como problema jurídico principal, si procede el reconocimiento y pago de las incapacidades al tenor de los preceptos normativos, así como el sujeto



responsable de las mismas entre COLFONDOS S.A. y SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA en atención a los recursos de alzada que presentara esta última EPS.

Asimismo, en caso de resultar avante lo anterior, se auscultará si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios perseguidos, y si goza de prosperidad responsabilidad alguna sobre MEDIMAS EPS atendiendo los argumentos de apelación expuestos por la parte demandante.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el anterior planteamiento jurídico, preciso resulta que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que a la aquí demandante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 1º de junio de 2016 mediante Dictamen No. 51827105 – 9615 le determinó una pérdida de capacidad laboral del 61.20% de origen común, con fecha de estructuración a partir del 26 de septiembre de 2015 (Fls. 63 a 73 – PDF 03 DEMANDA).

Tampoco el hecho que, con ocasión de lo anterior, la AFP COLFONDOS S.A. le reconoció a la demandante pensión de sobrevivientes en cuantía de un S.M.L.M.V. a partir del 26 de septiembre de 2015 según se advierte de la documental que le emitiera dicha AFP a la actora el 1º de agosto de 2016, e incluso lo aceptado por la propia demandada al momento de contestar la demanda (Fls. 78 a 81 – PDF 03 DEMANDA).

d. Del reconocimiento y pago de incapacidades derivadas de enfermedades de origen común:

Como lo puntualizó el extremo demandante desde la presentación de la demanda, la actora persigue el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común por el periodo comprendido entre el 7 de diciembre, fecha donde arguye cumplió 180 días de incapacidad de manera continua, y el 26 de septiembre de 2015, calenda última a partir de la cual le fue reconocida

pensión de invalidez y a razón de la pérdida de capacidad laboral que le fuese dictaminada por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Para resolver lo pertinente, es menester precisar que en tratándose de incapacidades derivadas de enfermedades de origen común, el ordenamiento jurídico dispone que el pago se debe hacer:

- i) Por el empleador durante los primeros 2 días (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013);
- ii) Por la entidad prestadora de salud (EPS) a la cual se encuentre afiliado el trabajador por los días siguientes hasta el día 180 de incapacidad (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)¹;
- iii) Por la administradora de fondos de pensiones (AFP) a la cual se encuentre afiliado el trabajador, a partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir, hasta el día 540 si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los

¹ “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por el término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

pagos, el pago se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018) (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)²;

- iv) Para los pagos superiores a los 540 días, dice la Corte Constitucional *“ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%”*³ corren a cargo de las entidades promotoras de salud (EPS) en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, reglamentado por el Decreto 1333 de 2018 (artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).

Lo anterior, siempre y cuando se trate de incapacidades prorrogadas o ininterrumpidas, es decir, *“la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario”* (ver Resolución 2266 de 1998 del ISS, artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1333 de 2018 y sentencias de la Corte Constitucional T-263 de 2012 y T-364 de 2016). Para lo pertinente, la demandante acreditó al plenario no ser controversia el hecho que se generaron incapacidades continuas en cúmulo de 180 días hasta el 7 de diciembre de 2013, ello como da cuenta el certificado de incapacidad No. 105515078 que expidiera SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA y que acreditara la propia demandante al plenario con días de incapacidad comprendidos entre el 25 de noviembre y el 7 de diciembre de 2013 (Fl. 84 – PDF 03 DEMANDA). Adicionalmente, los 180 días de incapacidad como lo sostuvo la misma señora

² Cabe advertir que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS no implica la suspensión de los pagos, pues éstos deben mantenerse hasta cuando se obtenga la calificación de invalidez. Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que *“[a] partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable”* (sentencia T-401 de 2017).

³ Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

LUZ MARINA PINEDA TONCÓN e incluso COLFONDOS S.A., le fueron canceladas a plenitud por esta última. Aunado a lo anterior, con posterioridad al día 181, es decir 8 de diciembre de 2013 y hasta el día 26 de septiembre de 2015, fecha en que le fue reconocido el derecho pensional por invalidez a la demandante, esta acreditó de manera continua la expedición de las siguientes incapacidades generadas por la entidad promotora de salud SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, respecto de las cuales advierte la Sala que no fueron reconocidas para pago por parte de esta (Fls. 85 a 165 – PDF 03 DEMANDA):

Numero	Días otorgados	Fecha Inicial	Fecha Final	Archivo	pagina
10515078	180		7/12/2013	Archivo 3	84
104010006024331	13	8/12/2013	20/12/2013	Archivo 3	85
10641531	13	21/12/2013	2/01/2014	Archivo 3	86
10681554	13	3/01/2014	15/01/2014	Archivo 3	87
10731287	13	16/01/2014	28/01/2014	Archivo 3	88
10816191	13	29/01/2014	10/02/2014	Archivo 3	89
10880324	13	11/02/2014	23/02/2014	Archivo 3	90
10942250	13	24/02/2014	8/03/2014	Archivo 3	91
10992777	13	9/03/2014	21/03/2014	Archivo 3	92
11051173	13	22/03/2014	3/04/2014	Archivo 3	93
11115545	10	4/04/2014	13/04/2014	Archivo 3	94
11186440	10	14/04/2014	23/04/2014	Archivo 3	95
11247473	10	24/04/2014	3/05/2014	Archivo 3	96
11247475	10	4/05/2014	13/05/2014	Archivo 3	97
11320600	10	14/05/2014	23/05/2014	Archivo 3	98
11334269	10	24/05/2014	2/06/2014	Archivo 3	99
11377788	10	3/06/2014	12/06/2014	Archivo 3	100
11419111	10	13/06/2014	22/06/2014	Archivo 3	101
11507593	10	23/06/2014	2/07/2014	Archivo 3	102
11507653	10	3/07/2014	12/07/2014	Archivo 3	103
11564287	10	13/07/2014	22/07/2014	Archivo 3	104
11607331	10	23/07/2014	1/08/2014	Archivo 3	105
11660766	10	2/08/2014	11/08/2014	Archivo 3	106
11702438	10	12/08/2014	21/08/2014	Archivo 3	107
11769050	10	22/08/2014	31/08/2014	Archivo 3	108
11804786	10	1/09/2014	10/09/2014	Archivo 3	109
11871120	10	11/09/2014	20/09/2014	Archivo 3	110
11914281	10	21/09/2014	30/09/2014	Archivo 3	111
11973062	10	1/10/2014	10/10/2014	Archivo 3	112
12015495	10	11/10/2014	20/10/2014	Archivo 3	113
12060103	10	21/10/2014	30/10/2014	Archivo 3	114
12116292	7	31/10/2014	6/11/2014	Archivo 3	115
12162344	7	7/11/2014	13/11/2014	Archivo 3	116
12186598	6	14/11/2014	19/11/2014	Archivo 3	117
12198307	7	20/11/2014	26/11/2014	Archivo 3	118
12262984	7	27/11/2014	3/12/2014	Archivo 3	119
12310232	7	4/12/2014	10/12/2014	Archivo 3	120
12333641	7	11/12/2014	17/12/2014	Archivo 3	121
12378111	2	18/12/2014	19/12/2014	Archivo 3	122
12395574	7	20/12/2014	26/12/2014	Archivo 3	123
12456708	7	27/12/2014	2/01/2015	Archivo 3	124
12456739	7	3/01/2015	9/01/2015	Archivo 3	125
12478307	7	10/01/2015	16/01/2015	Archivo 3	126
12484840	2	17/01/2015	18/01/2015	Archivo 3	127
12488032	7	19/01/2015	25/01/2015	Archivo 3	128
12580167	7	26/01/2015	1/02/2015	Archivo 3	129
12610645	7	2/02/2015	8/02/2015	Archivo 3	130
12641465	7	9/02/2015	15/02/2015	Archivo 3	131
12676078	2	16/02/2015	17/02/2015	Archivo 3	132
12698428	7	18/02/2015	24/02/2015	Archivo 3	133
12736803	7	25/02/2015	3/03/2015	Archivo 3	134
12759749	7	4/03/2015	10/03/2015	Archivo 3	135
12798700	7	11/03/2015	17/03/2015	Archivo 3	136
12843783	2	18/03/2015	19/03/2015	Archivo 3	137
12884979	7	20/03/2015	26/03/2015	Archivo 3	138
12898341	7	27/03/2015	2/04/2015	Archivo 3	139
12932100	7	3/04/2015	9/04/2015	Archivo 3	140
12965660	7	10/04/2015	16/04/2015	Archivo 3	141
12999391	2	17/04/2015	18/04/2015	Archivo 3	142
13017371	7	19/04/2015	25/04/2015	Archivo 3	143
13055997	7	26/04/2015	2/05/2015	Archivo 3	144
13080957	7	3/05/2015	9/05/2015	Archivo 3	145
13138556	7	10/05/2015	16/05/2015	Archivo 3	146
13161764	2	17/05/2015	18/05/2015	Archivo 3	147
13183723	7	19/05/2015	25/05/2015	Archivo 3	148
13203398	7	26/05/2015	1/06/2015	Archivo 3	149
13249924	7	2/06/2015	8/06/2015	Archivo 3	150
13385215	7	2/07/2015	8/07/2015	Archivo 3	151
13441323	7	9/07/2015	15/07/2015	Archivo 3	152
13489654	2	16/07/2015	17/07/2015	Archivo 3	153
13490687	7	18/07/2015	24/07/2015	Archivo 3	154
13506612	7	25/07/2015	31/07/2015	Archivo 3	155
13552155	7	1/08/2015	7/08/2015	Archivo 3	156
13592329	2	8/08/2015	9/08/2015	Archivo 3	157
13592333	7	10/08/2015	16/08/2015	Archivo 3	158
13629355	7	17/08/2015	23/08/2015	Archivo 3	159
13662728	7	24/08/2015	30/08/2015	Archivo 3	160
13710050	7	31/08/2015	6/09/2015	Archivo 3	161
13759441	2	7/09/2015	8/09/2015	Archivo 3	162
13759443	7	9/09/2015	15/09/2015	Archivo 3	163
13801199	7	16/09/2015	22/09/2015	Archivo 3	164
13849623	4	23/09/2015	26/09/2015	Archivo 3	165
DÍAS	815				

Bajo este escenario, en atención del precepto normativo precedido, palmario resulta entonces que al tenor de lo preceptuado en el artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012, entre el día 181 y el 540 le compete a la administradora pensional sufragar el pago de las incapacidades; a pesar de ello, el articulado en mención también supedita a la entidad promotora de salud a que con anterioridad al día 120 de incapacidad temporal deba emitir concepto favorable de rehabilitación y después de efectuarlo, lo remita antes del día 150 con destino a la administradora pensional.

A pesar de lo anterior, según los preceptos emanados por la Corte Constitucional, más exactamente lo dispuesto en la sentencia T-401 de 2017, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos le compete a las EPS pagar con sus propios recursos el subsidio de la respectiva incapacidad temporal con posterioridad al día 180; circunstancia por la cual, dentro del asunto *sub examine* si bien la encartada SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA sostuvo en el recurso de alzada existir emisión y remisión del concepto de rehabilitación con destino a COLFONDOS S.A., tal supuesto probatorio no yace dentro del plenario, de allí que de entrada advierte la Sala la prosperidad del pago de incapacidades desde el día 181 y hasta el 540 a cargo de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí expuestas, y que se encaminan a las comprendidas entre el 8 de diciembre y el 2 de diciembre de 2014, más aún si se tiene en cuenta que para dicho interregno la actora se encontraba afiliada a dicha EPS, lo que conlleva a que este puntualísimo aspecto se confirme atendiendo lo manifestado por la *a-quo*.

Ahora bien, uno de los puntos de reproche de la actora en el recurso de alzada, es el hecho de que las incapacidades deben reconocerse hasta el 26 de septiembre, día en que fue determinada su pérdida de capacidad laboral y por consiguiente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sin que la operadora de instancia hubiese accedido a lo respectivo bajo el argumento que el día 540 de incapacidad se configuró el 2 de diciembre de 2014, sin que en lo sucesivo fuese procedente su pago al no haberse traído a juicio al empleador de la señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN.

Para lo pertinente, es del caso señalar que los subsidios de incapacidad por enfermedad general son financiados por el sistema general de seguridad social en salud, a través de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)⁴. Frente a las incapacidades surgidas con posterioridad al día 540, existía un vacío normativo que solo fue superado con la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 que lo fue a partir del 9 de junio de 2015, en la que claramente se previó que las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos estarían a cargo de la EPS y, a su vez, se estableció a cargo de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, creada a partir de dicha disposición, entre otras muchas funciones, el pago a las respectivas EPS “[...] *por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos***” - artículos 66 y 67 -, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el Decreto 546 de 2017, ADRES entró en operación a partir del 1 de agosto de 2017.

Ahora, el artículo 6^º5 de la Resolución 6411 de 2016 “*Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017 y se dictan otras disposiciones*”, fijó el 0,35% del Ingreso Base de Cotización con el fin de garantizar el pago de incapacidad general a los afiliados cotizantes con derecho, porcentaje que incrementaría al 0,38% a la entrada en operación de la ADRES, lo que significó un aumento de la UPC para efectuar los pagos de las incapacidades superiores a 540 días.

⁴ Valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan de beneficios en ambos regímenes.

⁵ “Artículo 6. Para garantizar el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general a los afiliados cotizantes con derecho, se fija en forma transitoria, el 0,35% del Ingreso Base de Cotización, hasta tanto entre en operación la entidad Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud —ADRES, valor que incluye lo correspondiente a los aportes de los trabajadores independientes que debe asumir la EPS con base en lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 3. 2. 1. 10 del Decreto 780 de 2016 la norma que lo modifique o sustituya. Una vez inicie el ejercicio dicha entidad este porcentaje aumentara a 0,38%.”



Lo anterior da cuenta que, a pesar de que la obligación a cargo de las E.P.S de pagar las incapacidades posteriores al día 540 surgió claramente con la Ley 1753 de 2015, esto es, 9 de junio de 2015, fue solo hasta la entrada en operación de ADRES, 1 de agosto de 2017, que tales entidades recibieron los recursos para financiar esta prestación, situación que en manera alguna puede significar que se relevó al Estado de su obligación de poner a disposición de las EPS los recursos para cubrir este tipo de prestaciones entre la primera y la segunda fecha, máxime cuando las obligaciones a cargo del FOSYGA fueron transferidas a la nueva administradora de los recursos del sistema de seguridad social en salud.

Esto conlleva entonces, a que el pago de las incapacidades posteriores al día 540 se encuentren en responsabilidad de la EPS que para este caso de marras es SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, máxime si se tiene en cuenta que como la misma disposición normativa lo regula, dicha EPS cuenta con la posibilidad de obtener el reembolso de lo pagado.

En tal sentido, habrá de revocarse la absolución determinada en primer grado, para en su lugar, determinar el reconocimiento y pago a cargo de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA de las incapacidades con posterioridad al día 541 y hasta el día anterior a la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral de la demandante, es decir, el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 2013 y el 25 de septiembre de 2015, las cuales al comprenderse entre el día 181 y el 815, su pago deberá realizarse a razón del 50% del S.M.L.M.V., como quiera que lo que se demostró en el juicio fue que el salario de la actora incluso no fue superior al salario mínimo, monto de cancelación que no fue refutado inclusive por ninguna de las partes.

e. De la excepción de prescripción:

En lo que respecta al término prescriptivo trienal de prescripción, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., como lo sostuvo la

operadora de instancia, las incapacidades aquí reconocidas fueron ordenadas pagar a la integrada en calidad de litis consorcio necesario SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA, sin que obre reclamación directa a la misma, más aún si contra esta no se dirigió la demanda.

Por ello, como quiera que la demanda se presentó el día 5 de junio de 2017 según lo advierte el Acta individual de reparto (PDF 04 – ACTA DE REPARTO), palmario resulta que gozan de prescripción las incapacidades anteriores al 5 de junio de 2014, las cuales no serán susceptibles de pago y, en tal sentido, habrá de declararse probado de manera parcial este medio exceptivo.

f. De los intereses moratorios:

Como lo determinó la *a-quo*, no hay prosperidad de los mismos, pues se pone de presente que para asuntos derivados de incapacidades, debe tenerse en cuenta que el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, compilado por el Decreto 1833 del 2016, numeral 2.2.3.1.3., es la norma regulatoria pero este tipo de intereses, por lo que atendiendo a que la demandante solicita los dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, resulta inoperante este precepto asunto para el caso *sub examine* toda vez que versa únicamente frente a la tardanza de mesadas pensionales, por lo que se confirmará este aspecto.

Por último, la parte demandante arguye que la condena aquí impuesta debe ser asumida por MEDIMAS EPS hoy EN LIQUIDACIÓN, situación que no resulta de asidero, pues, de una parte, SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA es una persona jurídica a MEDIMAS EPS hoy EN LIQUIDACIÓN, lo que resultaría imposible ante las responsabilidades de cada una y, por otra, según lo certificó esta última, la demandante se afilió ante sus dependencias a partir del 1º de julio de 2017 (Fls. 10 – PDF 36 – CONTESTACIÓN DEMANDA), calenda posterior al pago de las incapacidades deprecadas en este juicio, de ahí de que no goce de prosperidad esta súplica.



COSTAS en esta instancia a cargo de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de la siguiente manera:

_ **DECLARAR** que SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA es responsable respecto de la señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN, de las incapacidades de origen común desde el 8 de marzo de 2013, día a partir del cual se comprende la incapacidad No. 181, hasta el día 540 que lo fue el 2 de diciembre de 2014.

_ **DECLARAR** que SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA también es responsable respecto de la señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN, de las incapacidades de origen común desde el día 541, esto es, 3 de diciembre de 2014, hasta el día anterior que le fuese determinada la pérdida de capacidad laboral que efectuara la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que lo fue el 26 de septiembre de 2015, para un total de 815 días de incapacidad.

_ **DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción formulada por SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA de las incapacidades de origen común con anterioridad al 5 de junio de 2014.



_ Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA al reconocimiento y pago a favor de la demandante señora LUZ MARINA PINEDA TONCÓN, de las incapacidades comprendidas entre el 5 de junio de 2014 y el 25 de septiembre de 2015, atendiendo para cada una de ellas el 50% de un S.M.L.M.V. teniendo en cuenta que son superiores a los 180 días, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de SALUDCOOP EPS hoy LIQUIDADA. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Salvamento de voto

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Liberal



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 29 2020 00375 01
Demandante: LUZ ANGELA CARDENAS ESPITIA
Demandado: ASOCIACIÓN NACIONAL DE USUARIOS
 CAMPEÑINOS DE COLOMBIA - ANUC
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ ANGELA CARDENAS ESPITIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE USUARIOS CAMPEÑINOS DE COLOMBIA - ANUC, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 1º de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2018 de forma continua e ininterrumpida y que no se han pagado las prestaciones laborales causadas durante la relación contractual.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene la demandada a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, festivos, las dotaciones y los aportes al sistema general de pensiones, causados del 1º de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2018, junto con la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria de los



artículos 64 y 65 del C.S.T., la indemnización por no consignación de las cesantías, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, indicó que se vinculó con la demandada mediante un contrato de trabajo de forma verbal, el 1º de junio de 2012 como secretaria y encargada administrativa de los convenios de capacitación y asistente administrativa, prestando sus servicios de forma personal en un horario de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 6:00 p.m., y percibiendo como salario entre los años 2012 a 2017 la suma de \$1.500.000 y para el año 2018 percibió la suma de \$2.000.000.

Añadió que la encartada de manera unilateral y sin justa causa decidió dar por terminado el vínculo laboral el 31 de diciembre de 2018. Además, expuso que en desarrollo del contrato no le fueron pagadas las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y los festivos causados del 1º de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2018. Igualmente, destacó que la demandada disfrazó la verdadera relación laboral a través de contratos de prestación de servicios, bajo la amenaza de no continuar con la contratación.

Narró que la ANUC, nunca le reconoció ni le permitió disfrutar de su licencia de maternidad, y que siempre estuvo bajo la subordinación del representante legal de la demandada, quien establecía los horarios de trabajo, y además impartía instrucciones diarias, y realizaba llamados de atención. (Fls. 2 a 10 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ANUC contestó el libelo genitor con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no sostuvo ninguna relación laboral con la actora, ya que en calidad de afiliada a esa Asociación ostentó diversos cargos directivos en Sotaquira y Boyacá, sin que la prestación de ese servicio implicara la existencia de una relación subordinada.



Señaló que las funciones que desempeñó en favor de la demandada buscaban el cumplimiento de su objetivo social, y al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, no maneja nómina dado que los cargos son honoríficos. Aunado a que para la fecha de los hechos, la gestora utilizaba los bienes sociales para su uso personal y familiar en su calidad de afiliada, por lo que se le solicitaba su colaboración para la realización de distintas actividades de carácter social, de las cuales también se benefició. Refirió que para el cumplimiento de algunos proyectos se sirvió de la prestación de servicios de la actora, por tanto, se suscribieron distintas órdenes de prestación de servicios de 2013 a 2018, finalizando la última el 30 de diciembre de esa anualidad, los que se desarrollaron con completa independencia y autonomía, sin cumplir horarios ni recibir órdenes, y sin estar sometida a ningún régimen disciplinario.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, prescripción de los derechos laborales reclamados, buena fe de la demandada y la genérica o innominada. (Fls. 3 a 15 archivo 006).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, declaró que entre la actora y la demandada existieron varios contratos de trabajo, así: i) Del 1º de julio al 30 noviembre de 2012 con un salario de \$1.000.000, ii) Del 1º de junio al 31 diciembre de 2013, con un salario de \$1.000.000, iii) Del 1º agosto al 31 de diciembre de 2014, con un salario de \$1.000.000, iv) Del 1º agosto al 31 de diciembre de 2015 con un salario de \$2.000.000, v) Del 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2017, con un salario de \$2.000.000 y vi) Del 1º de septiembre al 31 diciembre de 2018 con un salario de \$4.400.000.

Igualmente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de los derechos causados en virtud de los contratos celebrados con anterioridad al 1º de noviembre de 2017 a excepción de los aportes en pensiones. En consecuencia, condenó a la pasiva a pagar a la demandante por concepto de auxilio de cesantías \$1.820.949, por intereses sobre cesantías \$94.709, prima de servicios \$2.043.171, vacaciones \$1.021.586, acotando que

las prestaciones sociales suman un total de \$4.980.415. De la misma forma, condenó a pagar los aportes a seguridad social en pensiones, según el cálculo actuarial que realice el fondo al cual se encuentra afiliada la demandante, teniendo en cuenta los periodos de tiempo y el IBC que se indican en el ordinal cuarto de la sentencia de instancia, también condenó a la accionada a indexar las sumas indicadas en el numeral tercero de la sentencia, por último, la absolvió de las demás pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas y agencias en derecho a la encartada.

Para arribar a tal conclusión, la falladora de instancia en sustento de su decisión hizo mención a los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., y al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema Justicia.

Al examinar la existencia de la relación laboral que se reclama por activa desde el 10 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2018, dijo que el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte expuso que la demandante habitó en la casa de la asociación y se vinculó de manera temporal a algunas actividades específicas, que fue formadora y realizó apoyo logístico y documental, además los cargos son ad honorem y que en su condición de afiliada habitó la casa campesina ubicada en esta ciudad, que mantuvo algunos contratos de manera ocasional y los honorarios eran variables y que el 23 de diciembre de 2018 se fue de la casa.

Agregó que de las versiones de los testigos y de las pruebas documentales que obran en el plenario, se podía establecer que la demandante sostuvo varios vínculos contractuales con la demandada, contrario a lo sostenido en la demanda, así las cosas, adujo la juez de instancia que en consideración a las actividades que realizó la actora eran propias de un contrato de trabajo y que dentro de los contratos estaban inmersas las actividades que debía desempeñar y estaba sujeta a las ordenes que le impartiera la ANUC, además de acuerdo a los testimonios vivía en la casa de la demandada, mismo lugar donde tenía una oficina y con los elementos de la pasiva desempeñaba sus actividades, concluyendo que no se había desvirtuado la subordinación

respecto de las actividades desarrolladas por la demandante, dando lugar a la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.

Sin embargo, indicó que no existían pruebas que dieran cuenta de una única relación laboral, acotando que si bien vivía en la casa de la ANUC de manera gratuita y brindaba alguna colaboración como retribución a esa situación, y cuando desempeñaba alguna actividad como la aquí reseñada se le pagan unos honorarios que por tratarse de un contrato de trabajo, correspondían a salarios.

Dicho esto, adujo que de acuerdo con los desprendibles de pago y otros documentos que dan cuenta de la contratación de la demandante, señaló que se podía concluir que las partes habían mantuvieron los siguientes vínculos laborales: i) Del 1º de julio al 30 noviembre de 2012 con un salario de \$1.000.000, ii) Del 1º de junio al 31 diciembre de 2013, con un salario de \$1.000.000, iii) Del 1º agosto al 31 de diciembre de 2014, con un salario de \$1.000.000, iv) Del 1º agosto al 31 de diciembre de 2015 con un salario de \$2.000.000, v) Del 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2017, con un salario de \$2.000.000 y vi) Del 1º de septiembre al 31 diciembre de 2018 con un salario de \$4.400.000.

En cuanto al pago de las prestaciones sociales y las vacaciones, dijo al analizar la excepción de prescripción que se encontraban prescritos los conceptos causados frente a los contratos vigentes del 1º de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2015, a excepción de los aportes a seguridad social. De esa forma, al liquidar los emolumentos causados en los dos últimos contratos con los salarios ya determinados, al efectuar las operaciones del caso, condenó a pagar por cesantías \$1.820.949, por intereses sobre cesantías \$94.709, prima de servicios \$2.043.171, vacaciones \$1.021.586, para un total de prestaciones sociales y vacaciones de \$4.980.415.

Respecto al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., dijo que en su sentir no existió mala fe por parte del empleador dadas las condiciones que rodearon la vinculación laboral del gestora, pues se entendió que la vinculación no se regía por un contrato laboral, por lo que no estaban



obligados a cancelar prestaciones sociales, además por que la demandante, con anterioridad a 2012 había prestados sus servicios de manera gratuita, y no se demostró la existencia del único contrato que se deprecia, sumado a que la actora vivió en la casa de la demandada de la cual se benefició de manera gratuita, lo que lleva al convencimiento de que nada adeudaba por prestaciones sociales, absolviendo de tal pedimento y de paso de la pretensiones relacionada con el pago de la sanción por no consignación de las cesantías.

No obstante, condenó al pago de la indexación de los sumas adeudadas. Igualmente, condenó a pagar aportes a seguridad social por los periodos establecidos previamente y sobre un IBC correspondiente a los salarios determinados para cada periodo, de acuerdo al calculo que determine el fondo al cual se encuentra afiliada la actora.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, señaló que se debe probar el hecho del despido, lo cual no se acreditó en el plenario, sobre el pago de días festivos, dijo que tampoco se probó tal aspecto y sobre las dotaciones dijo que no se aportó prueba sobre el valor de las mismas, absolviendo de tales pedimentos y condenando en costas y agencias en derecho a la encartada. (Archivos 17 y 18).

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Radicando su disenso respecto al numeral sexto de la sentencia de primer grado, dado que la Juez de instancia había señalado que la mala fe no había quedado acreditada. Al respecto, indicó que la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que la mala fe debe ser analizada en forma calificada, lo cual consiste en que el empleador sabiendo que está incurriendo en una infracción, aun así, sigue adelante con su actuar de no cancelar las acreencias laborales.

Asimismo, indicó que la pasiva tenía la capacidad no solo logística sino profesional, ya que tenía personas como las que se escucharon en el trámite procesal como abogados, trabajadores o asociados que le pudieron haber



advertido sobre las implicaciones de su actuar. Luego, si se evidenció la existencia del contrato realidad y ellos fueron quienes elaboraron y gestionaron los contratos de prestación de servicios, sabían que debían cancelar acreencias laborales a la promotora, por eso la mala fe no está desvirtuada, pues nada hizo la demandada para demostrar que no tuvo mala fe en el ejercicio de no cancelar las acreencias laborales a la actora.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que la *a quo* indicó que no se tuvo certeza sobre el momento en que había sido despedida la demandante, sin tener en cuenta que en las piezas procesadas el 9 de enero de 2019, el representa legal le responde que no se puede hablar de despido porque no había tenido un contrato de trabajo, sino uno de prestación de servicios en diferentes momentos, con diferentes objetos y remuneraciones, luego, es clara la terminación por parte de la demandada, ya que no fue voluntad de la actora sino de la demandada, lo que conlleva a que se deba acceder al pago de la indemnización por despido injusto y la moratoria.

Por su parte, la demandada ANUC en su alzada solicita se revoque en su totalidad la sentencia de instancia, ya que no se tuvo en cuenta el ánimo de la prestación de servicios por parte de la demandante, esto es, que la misma fue de forma autónoma, libre y con pleno voluntad y liberalidad de realizar cualquier otro tipo de actividad en desarrollo de estos contratos de prestación de servicios. Situación que corroboraron los testigos quienes dijeron que vieron a la actora llevar a cabo las actividades contenidas en los objetos contractuales de los contratos de prestación de servicios, sin que en ningún momento esas actividades se efectuaran en virtud de órdenes, agregando que la jurisprudencia ha determinado que no porque existan unos lineamientos o unas obligaciones contractuales, ello implica automáticamente la presunción de subordinación, lo cual no es el caso, ya que la demandante podía realizar otro tipo de actividades ajenas y en cualquier momento, tan es así que podía cumplir las metas y los objetivos contractuales a cualquier hora del día, sin el cumplimiento de un horario.

Reiteró que en el presente asunto no existió subordinación, por lo que no se pudo aplicar el principio de realidad sobre las formas, incluso en estos



periodos que se determinaron, pues no hubo subordinación ni se dieron ordenes, señalando que si es verdad que se le fijaron unos parámetros para la ejecución de los contratos, pero la actora se obligó libremente; además, si bien es cierto que los recursos utilizados para la ejecución de los contratos eran de la demandada, no puede desconocerse que la actora se beneficiaba de los bienes de la asociación, la cual le permitía utilizar estos bienes para la ejecución de sus obligaciones contractuales, por lo que no se puede decir que le prestó el computador para los informes, sino que lo utilizaba de forma libre y voluntaria y autónoma, junto con los demás bienes muebles y enseres que estaban dentro de la casa de la demandada, donde incluso habitó con su hijo.

Añadió que siempre actuó de buena fe, pues los mismos testigos dijeron que ellos cumplen funciones honoris causa. Entonces, no es cierto que la actora recibiera órdenes o estuviera sometida a un régimen disciplinario propio de los contratos de trabajo, ya que podía realizar otro tipo de actividades, y el hecho de habitar la casa de la demandada no amerita la declaratoria de un contrato de trabajo, pues de las veinticuatro horas no se logró establecer cuantas permanecía en la casa, pero si se logró establecer que tuvo un ánimo honorífico, voluntario y libre para ejecutar esas funciones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problemas jurídicos a resolver si entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo; y si procede la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria establecidas en el artículo 65 del C.S.T.

c. De la Existencia del Contrato de Trabajo:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, procede esta Colegiatura a verificar si la falladora de instancia erró al declarar la existencia de varios contratos laborales entre las partes, en tanto, la pasiva no desvirtuó el elemento subordinación.

Al respecto, advierte la Sala que no es objeto de controversia en esta instancia de acuerdo a los argumentos que expusieron las partes en su alzada, que la actora y la demandada pactaron unos contratos de prestación de servicios en los periodos que a continuación se detallan, para desarrollar labores secretariales, así:

- i) Del 1º de julio al 30 de noviembre de 2012.
- ii) Del 1º de junio al 31 diciembre de 2013.
- iii) Del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2014.
- iv) Del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2015.
- v) Del 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2017.
- vi) Del 1º de septiembre al 31 diciembre de 2018.

Debiendo indicar la Sala, que no obstante solo se encuentran los contratos de prestación de servicios de los dos últimos periodos y los comprobantes de pagos realizados a la actora por prestación de servicios en algunos meses de los años 2012 a 2018, excepto 2016, tal como lo sostuvo la juez de primer grado. (Fls. 33 a 34 y 43 a 44 archivo 006 y carpeta 016 subcarpetas comprobantes de pagos a Luz Angela y Contratos de Prestación de Servicios).

Acorde con lo anterior, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.



Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, a la promotora del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Puesta así las cosas, cabe memorar que de antaño se ha dicho que una vez acreditada la prestación personal del servicio opera la referida presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.; de modo que el operador judicial no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 34223 de 13 de abril de 2010:

“Para la Corte es claro que si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley.”

Adicional a lo expuesto en precedencia, considera la Sala oportuno traer a colación lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en la que hizo algunas precisiones respecto a la subordinación en la relación laboral, así:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”



Bajo ese escenario, procede esta Colegiatura a analizar las pruebas recaudadas en el presente proceso, advirtiendo que además de los contrato de prestación de servicios de los dos últimos periodos ya referidos y los comprobantes de pagos por los servicios prestados por parte de la gestora de manera interrumpida entre 2012 y 2018, excepto 2016; reposa en el plenario certificación adiada el 16 de diciembre de 2019 suscrita por el presidente de la ANUC Putumayo, en la que señala que la demandante ha venido laborando en la ANUC Nacional como Coordinadora de Convenios de Capacitación y Asistente Administrativa desde 2012 hasta el 31 de diciembre de 2019, además agregó en dicho documento el citado dirigente que *“Lo anterior lo manifiesto por la trayectoria que llevo como miembro de la ANUC Putumayo y que puedo dar fe que la señora en mención era la que nos pedía informes y soportes relacionados con sus funciones en la ANUC Nacional.”*

Además, obran capturas de pantalla de conversaciones entre la actora y quien se denomina como *“Dr. Luis Alejandro”* entre agosto y diciembre de 2018 y correo electrónico remitido por Luis Jiménez a la actora el 11 de enero de 2019, en el que le indica que ha tenido contratos de prestación de servicios en diferentes momentos, con diferentes objetos y remuneraciones, habiendo vencido el último el 31 de diciembre de 2018, probanzas a las cuales se les dará el valor probatorio de las pruebas documentales. (Fls. 24 a 34 archivo 001).

De otra parte, el Representante Legal de la demandada ANUC, señor LUIS ALEJANDRO JIMENEZ CASTELLANOS, en el interrogatorio de parte que depuso, indicó hacia 2012 la demandante empezó a tener contacto con la asociación para acompañar temporalmente convenios que desarrollaba en programas de formación y otras actividades, pero solo servicios temporales. En cuanto a la prestación de servicios de la gestora de 2013 a 2018, dijo que habitó la casa de la asociación en Bogotá y ocasionalmente se le vinculaba cuando la ANUC tenía convenio con algunas instituciones y el perfil de ella aplicaba se le vinculaba por medio de prestación de servicios a algunas actividades específicas de esos convenios.

Destacó que de las funciones que la actora realizó de 2012 a 2018, aludieron a las de formadora en convenios con el Sena y dado que habitaba la casa nacional

campesina, ayudó también con órdenes de prestación de servicios en la coordinación y apoyo logístico y operativo de los convenios, lo que implicaba manejo documental, señalando que no cumplió funciones secretariales para esa demandada ya que vivía en la casa y abría la puerta de acceso, además en la estructura de la asociación existe una junta directiva con una secretaria general, pero son cargos ad honorem.

Que la casa no es un hotel, solo se alojan los afiliados que vienen a la ciudad de manera esporádica, pero la actora la habitaba en su condición de afiliada, reiterando que ocasionalmente se vinculaba de acuerdo a los convenios o proyectos que tuviese la asociación para fines específicos y de manera temporal, que los honorarios eran variables porque dependían de la actividad, el tiempo y la dedicación al proyecto.

A la pregunta de si le daba instrucciones directas a la actora de la labor que tenía que hacer, dijo que las instrucciones se establecían desde el momento en que se formaliza el contrato de prestación de servicios, en el que se definía el objeto de lo que debía hacer y posteriormente lo que se hacía era el seguimiento al cumplimiento de esas funciones que habían sido encomendadas en virtud de las órdenes de servicio. Que fueron varios contratos, pero no recuerda cuantos, que algunos fueron con el SENA, la UARIV y con el INCODER, pero no había continuidad, pues eran ocasionales, a veces uno en un año, todo dependía del programa.

Dijo que no podía despedir a la actora de algo que no tenía, luego es falso ya que no ha tomado la decisión de despedir a nadie, simplemente cuando terminó su contrato ella incluso unos días antes en el año 2018, hacia el 23 de diciembre decidió irse de la casa campesina, pese a que su contrato terminaba el 30 de diciembre, ello a razón de las libertades y autonomía que tenía. Que no se dio licencia de maternidad porque era autónoma y manejaba su tiempo.

Indicó que la actora no recibía órdenes pues lo que hacían era el seguimiento al cumplimiento de un objeto contractual, dijo que ésta habitaba la casa y hacía uso de los equipos de la asociación incluso para trabajos de la universidad. Que alguna vez tuvo fricciones con algunos de los directivos porque se estaba



extralimitando en tomar decisiones y en asumir manejos de dependencias de la casa que no eran de su competencia. Que la casa la usan esporádicamente los afiliados y que ella vivió allí por una relación que sostuvo con un dirigente de la asociación, la cual los apoyaba, que él casi no va, todo es virtual, que no cumplía un horario, pero si se fijaban unos plazos de acuerdo a los cronogramas de los convenios, que lo podía hacer cuando quisieren.

La demandante LUZ ANGELA CARDENAS ESPITIA, en su interrogatorio de parte, dijo que conoce al doctor LUIS ALEJANDRO JIMENES CASTELLANOS, desde antes de 2011, pues estaba creando una empresa en la asociación, y que le dijeron que estaban necesitando una secretaria, que estuvo en diferentes lugares, que posteriormente fue revisora fiscal y formadora, y ya después la llamaron a laborar en Bogotá en la oficina de forma permanente como secretaria de presidencia.

Que la asociación es una entidad que apoya a los campesinos en proyectos, que no conoce que la demandada sea una entidad sin ánimo de lucro, que las funciones administrativas son producto de una orden o autorización del señor LUIS ALEJANDRO JIMENEZ, no conoce del despliegue de funciones a través de las juntas directivas de nivel municipal o departamental y que hizo parte de la junta directiva de Sotaquirá y de Boyacá. Que el inmueble ubicado en esta ciudad es utilizado por los afiliados de la asociación y que ella no lo utilizó para uso y beneficio propio o el de su familia,

Que de enero a diciembre estaba en la oficina, y durante el tiempo que prestó sus servicios para la asociación adelantó estudios de pregrado; que para 2017 y 2018 el representante legal le hizo firmar contratos y diferentes documentos, los que tenía que suscribir para recibir su remuneración mensual, contratos que eran continuos.

Que sus honorarios no dependían de los contratos que suscribiera la ANUC, pues también salían de recursos propios, como arriendo de los locales y la casa campesina. Que ella no abandonó la casa de la asociación al finalizar el año 2018, pues el 28 de diciembre el señor LUIS ALEJANDRO JIMÉNEZ CASTELLANOS le pidió toda la información de la computadora y las llaves de



la casa y para el 2 de enero le dijo por teléfono que necesitaba que le entregara la habitación que se le había asignado para vivir.

La testigo SANDRA SOLANO dijo que ella es secretaria de la junta de acción comunal del barrio donde funciona la ANUC, que eso fue desde el año 2016 y desde esa época se contactó con la actora, que trató con ella una seis veces por cuestiones de radicaciones de documentos y que además la veía en la casa porque ella vive en el barrio y se saludaban. Que entendía que la actora era la secretaria en la ANUC, porque en una ocasión el señor LUIS ALEJANDRO JIMÉNEZ CASTELLANOS le dijo que se hablara con la secretaria y que siempre estaba la actora.

Que en alguna ocasión la actora le indicó la casa y que las cartas y las cosas se tramitaban con ella, pero todo bajo el aval de la ANUC. Al ser indagada sobre si la actora recibía ordenes de parte del señor LUIS ALEJANDRO JIMÉNEZ CASTELLANOS, dijo que si, pues en una ocasión le dijo que se hablara con su secretaria, es decir, con la promotora quien atendía sus solicitudes.

La testigo ALBA YOLIMA BENITO CLAVIJO, dijo que conoce la demandante desde el año 2012, dado que fue elegida como dignataria de la directiva de la ANUC y desde ahí empezó su acercamiento a finales de ese año con la actora en la casa campesina, adujo que recuerda y le consta que la demandante en la ANUC vivía en la casa y ayudaba con apoyo logístico, como administrativo, es decir, era como un apoyo de la asociación en la casa campesina; que ella estaba cumpliendo las directivas del presidente LUIS ALEJANDRO JIMENEZ.

Al referirse a la vinculación contractual de las partes, expuso que nunca vio un contrato firmado, pero conocía que la actora vivía en la casa, ya que ella también vivió en ese lugar de 2012 a 2016; que las actividades que realizaba la demandante era logística y apoyo a las labores administrativas a los convenios que la asociación tenía con el SENA u otras entidades, que recibía llamadas, atendía correos, imprimía informes; no recuerda que tuviera otro trabajo, pero creía que estudiaba en la noche.



Señaló que los directivos como ella no tienen vinculación con la asociación por medio de un contrato, pues prestan es más una colaboración; además, expuso que no recuerda que le hayan impuesto sanciones a la promotora, por atender otros temas como su estudio o el cuidado de su hija, pero si llamados de atención cuando se fallaba, o no estaba algo de manera correcta, referentes a relaciones con las personas o con los otros directivos. De otro lado, dijo que no sabe cuándo salió la demandante de la casa de la ANUC, ya que ella salió en 2016.

A su vez, la testigo ADRIANA MARIBEL AVILA BAEZ, señaló que es afiliada hace 14 años a la ANUC, y que conoce a la actora más menos ese mismo tiempo, dado que hacía parte de la ANUC; refirió que ellos como miembros de la ANUC se vinculan por convicción, pero esa situación no genera un vínculo laboral.

Refirió que la actora no era ni siquiera secretaria, pues al igual que ella, cuando ingresan a la ANUC lo que hacen es desarrollar varios convenios con algunas entidades y que la gestora estuvo en el convenio SENA, que se encargaba de recibir a los formadores de formadores, solicitaba informes, rendía cuentas, lo cual sucedió entre los años 2012 a 2015, además, vivió en la casa de la asociación en Bogotá, la cual presta servicios a sus usuarios. Que esas vinculaciones fueron por medio de contratos de prestación de servicios y la retribución era la misma de los formadores, que cada uno pagaba su salud de forma independiente y que tenían que pasar la planilla al convenio del SENA, el cual era el que efectuaba el pago de acuerdo a lo que cada quien hacía, y que no sabe que sumas recibía la gestora por esos servicios.

Que la asociación demandada defiende derechos de campesinos, en pro de una reforma agraria, y que son una entidad sin ánimo de lucro privada, que entre 2012 a 2018 no era permanente que estuviera en la casa, pero cuando estaba no pagaba su estancia en ese lugar; señaló que realizaba otras actividades como estudiar y realizar labores de maternidad, llevaba a su hija al colegio. Que en virtud de los contratos de prestación de servicios no cumplía horario, pero si recibían instrucciones para el desarrollo de los mismos, es decir, que recibía la papelería, contestaba llamadas, realizaba informe al convenio del SENA, al igual que ella era el responsable de llevar la información a la nacional.

Que no sabe cuándo la demandante dejó la casa, pero sí que fue por su voluntad. Le consta que el representante legal le daba órdenes a la actora bajo el convenio porque él era quien lo lideraba.

Del examen de los referidos medios de convicción, advierte esta Sala de acuerdo con lo previsto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que no es posible concluir que se haya desvirtuado la subordinación que se desprende de la aplicación del artículo 24 del C.S.T.; dado que el Representante Legal de la pasiva aceptó la prestación de servicios de la gestora entre 2012 a 2018, a razón de los convenios que la asociación que representa, pactaba con otras entidades, aspecto que fue corroborado por los testigos.

De otra parte, no puede pasarse por alto que la testigo SANDRA SOLANO enfatizó que los trámites ante la ANUC debían gestionarse con la demandante, entendiendo con ello que era la secretaria de esa asociación, porque en una ocasión el Representante Legal de la pasiva, le dijo que hablara con su secretaria, es decir, con la promotora quien atendía sus solicitudes, lo cual ocurrió en 2016 y 2017.

Entre tanto, ALBA YOLIMA BENITO CLAVIJO en su declaración, adujo que le consta que la actora brindaba apoyo logístico y administrativo, y que ella estaba obedeciendo a las directivas, en especial al presidente LUIS ALEJANDRO JIMENEZ, máxime cuando la permanencia en la casa de la ANUC era con la anuencia de los directivos, labores que desarrollaba en apoyo a los convenios que pactaba la asociación, además dijo que sí recibía llamados de atención cuando se fallaba, o algo no era correcto frente a las relaciones con las demás personas o con los otros directivos.

Ahora, si bien la impugnante señala que la actora en desarrollo de la prestación de servicios era autónoma e independiente, lo que le permitió vivir en la casa de la asociación, estudiar y cuidar su hija, no puede soslayarse que, esa situación por sí sola, no desvirtúa la presunción aquí se analiza, ya que la testigo ALBA YOLIMA BENITO expuso que la actora tenía una oficina en las instalaciones de la ANUC, además, el representante legal de esa demandada al



referirse a los contratos que pactaban con la actora, adujo que ésta hacía uso de los equipos de la asociación, incluso para trabajos de la universidad, es decir, que la gestora no contaba con herramientas propias para llevar a cabo las actividades acordadas en los contratos de prestación de servicios.

Igualmente, la actora dijo que cuando se fue de la casa el presidente le dijo que hiciera entrega de la información de había en la computadora, proceder que no se acompaña con la actitud que podría asumirse respecto a alguien que no tuviese un vínculo laboral, lo cual guarda consonancia con las conversaciones de wasap que sostuvo la demandante con el presidente de la asociación, señor LUIS ALEJANDRO JIMENEZ en el segundo semestre de 2018, en donde le da instrucciones de como llevar a cabo ciertas actividades, escritos que no fueron tachados ni desconocidos por la parte ante quien se antepone, los que en sentir de este Juez Colegiado en nada se asemejan seguimientos al contrato de prestación de servicios. (Fls. 24 a 31 archivo 001).

Cabe agregar que, si bien no se pudo colegir el horario que cumplía la actora para la demandada, lo cierto es, que la testigo ALBA YOLIMA BENITO, indicó que ésta era muy dedicada a sus labores en la asociación y se le podía ver realizándolas a tempranas horas o tarde en la noche, al igual que en el día. Luego, si a razón de su vínculo como asociada la demandante podía prestar algunos servicios a *honoris causa*, no es menos, cierto que no se pudo comprobar que los servicios que prestó en vigencia de los contratos que determinó la *a quo*, hicieran parte de esas actividades como asociada y miembro de las directivas de la pasiva, a los que hizo referencia la testigo ADRIANA MARIBEL AVILA BAEZ en su declaración, situaciones que dejan en entredicho la calidad de verdadera contratista autónomo e independiente, y por el contrario, dejan ver a las claras la subordinación sin plena autonomía e independencia de la actora frente a la demandada en los periodos establecidos en primera instancia.

Tales conclusiones son las que no dejan otro camino a esta Sala de Decisión, que la de confirmar la sentencia objeto de censura en tal sentido, en tanto, la

enjuiciada no logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.

d. Indemnización por Despido Sin Justa Causa.

Manifiesta la demandante su inconformidad frente a la absolución de la imposición de la indemnización por despido sin justa causa, en tanto, la Juez de primer grado refirió que no se probó el hecho del despido.

Al respecto, conviene memorar que en tratándose de la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias CSJ SL18082-2016, CSJ SL SL8825-2017, SL2053-2020, Radicación No. 79903 de 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021 y SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021; entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste a la demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., no se acreditó el despido a plenitud, situación que no se puede colegir del correo de 11 de enero de 2019, que le dirigió el representante legal de la demandada a la activa, en la que le indica:

“LUZ ANGELA CARDENAS

En respuesta a su solicitud que antecede, me permito manifestarle:

1- No se puede hablar de despido porque usted no ha tenido contrato de trabajo sino prestación de servicios personales en diferentes momentos, con diferentes objetos y remuneraciones, el último de los cuales venció el 31 de diciembre de 2018 y luego de ello no ha habido mas contratos, luego de no se puede despedir de lo que no tiene vinculación.



Se le expedirán las certificaciones de servicios prestados que son diferentes a certificaciones laborales. Para ello se procederá a revisar los archivos y con base en las evidencias se certificará el detalle de cada contrato u orden de prestación de servicios personales.”

De cara a lo anterior, debe precisar esta Magistratura que, pese a que la parte actora en su apelación hace referencia a un correo de fecha 9 de enero de 2019, al verificarse ese documento, lo que se observa es que el presidente de la asociación demandada informa que la actora no continuará colaborando en la oficina de la ANUC nacional y a su vez señala unos canales de atención (Fl. 37 archivo 001). De otro lado, es palmario que de la citada comunicación de 11 de enero de 2018 no se avizora que la demandada haya finalizado de manera unilateral la relación laboral a la actora, como viene de verse; luego, tal como lo concluyo la Juez de instancia no se probó el hecho del despido, lo que compele a la absolución de la pretensión relacionada con el pago de la indemnización por despido sin justa causa que deprecada la demandante.

e. De la Indemnización Moratoria:

En otro giro, aduce la demandante en su alzada, que la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. es procedente ya que es claro que la encartada actuó de mala fe, al sustraerse del pago de las obligaciones que se derivan de la relación laboral, por lo que solicita se condene al pago de la referida indemnización.

Al respecto, huelga memorar que la finalidad este tipo de indemnizaciones es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, de modo que la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, debe precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los

elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria, debe memorarse lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1º de marzo de 2017, en la que señaló:

“Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

“Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción (...) del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.”

Reiterándose que la imposición de dichas sanciones debe estar precedido de un análisis acorde con las particularidades de cada caso, conforme se ha señalado entre otras, en sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020. Además, ha dicho el Alto Tribunal que la simple afirmación del empleador de tener la creencia de estar regido por una forma de vinculación diferente a la laboral, no lo exime de la imposición de la sanción moratoria, así lo expuso en sentencia SL1433-2022, Radicación No. 88526 de 3 de mayo de 2022:

“[...] Por tanto, si la subordinación jurídica no solo fue determinada en virtud de la presunción legal derivada de la prestación personal del

servicio, sino también reafirmada probatoriamente dentro del proceso, no es posible inferir por parte de esta Sala que el incumplimiento de las obligaciones laborales a favor de la actora a la terminación del contrato, presupuesto de la indemnización del artículo 65 del CST, se debió al convencimiento pleno de la sociedad demandada de que el contrato que la ligó con la actora fue de carácter civil, pues el ejercicio de su parte de actos de subordinación contradicen la supuesta convicción de hallarse vinculada con la demandante mediante una relación civil. (CSJ SL587-2013)."

De igual manera, en sentencia SL1233-2022, Radicación No. 86905 del 6 de abril de 2022, señaló:

"b. Sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo

"Sabido es que la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no opera de manera automática. En cada caso, es menester auscultar los medios de convicción, con el fin de verificar si el empleador actuó asistido de buena fe (CSJ SL9641-2014, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL18619-2016). Por ello, si se prueban razones que justifiquen el impago, no procede la imposición de esta medida.

"Un estudio cuidadoso de los hechos acreditados en el proceso, lleva a la Sala a concluir que no existieron motivos válidos, ni plausibles, para que Sanitas S.A. se abstuviera de pagar las prestaciones sociales al accionante. No es creíble el argumento de la certeza que le asistía de que la prestación personal del servicio del demandante hubiera sido autónoma o independiente, pues las funciones que desempeñó durante más de 11 años continuos, hacían parte esencial de un proceso inherente y fundamental al objeto social de la compañía, como por ejemplo la atención de los servidores del Banco de la República, con quien la entidad de salud tenía un acuerdo comercial.

"Como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, como parte débil de la relación y por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, muchas veces, el trabajador se ve obligado a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen el mundo del trabajo. Desde luego, ello no altera la verdadera naturaleza del vínculo, ni deslegitima la reclamación de sus derechos en sede judicial (CSJ SL8652-2016, CSJ SL15498-2017 y CSJ SL4344-2020).

Acorde con lo anterior, se destaca que a juicio del juez de primer grado la imposición de la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T., no era atendible, pues consideró que la pasiva actuó de buena fe ya que creyó estar ejecutando contratos de tracto civil de prestación de servicios, motivo por el cual no pagó las obligaciones laborales a su cargo. Aunado a que la



demandante, con anterioridad a 2012 había prestados sus servicios de manera gratuita, y no se demostró la existencia del único contrato de trabajo, sumado a que la actora vivió en la casa de la demandada de la cual se benefició de manera gratuita, lo que la llevó al convencimiento de que nada adeudaba por prestaciones sociales.

De cara a lo anterior, se observa que la demandada al contestar el libelo genitor, en los hechos y pretensiones dijo que vinculó a la gestora mediante contratos de prestación de servicios, y además que ésta por ser asociada prestaba servicios *honoris causa*, aspectos que *per se* no denotan un actuar de buena fe, más aun cuando no se aportó prueba distinta a las mencionadas en precedencia de las que se pueda corroborar la convicción de haberse ejecutado una actividad autónoma e independiente, aunado a que el hecho de que la activa fuese asociada de la demandada o haya vivido en la casa de la demandada, en nada desdice el actuar desprovisto de buena fe de la enjuiciada, dado que, una cosa era su condición de trabajadora y otra la de asociada.

Adicionalmente, se evidenciaron actos de subordinación que conllevaron a la declaratoria del contrato de trabajo deprecado, siendo evidente para la Sala la mala fe de la sociedad accionada ante las obligaciones que como empleador le incumbían, evadiendo así la ley laboral; razonamientos que compelen a esta Colegiatura a revocar la decisión de la juez de instancia, para en su lugar, condenar a la demandada a pagar la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.T.S.

Acorde con lo anterior, se tendrá como último salario base devengado la suma de \$4.400.0000., conforme lo concluyo la falladora de primer grado, sin que se evidencie inconformidad de las partes sobre ese particular. Por tanto, al haber sido determinado como extremo final del contrato el 31 de diciembre de 2018 y haberse interpuesto la demanda el 4 de noviembre de 2020, es decir, que no transcurrieron 24 meses entre una y otra fecha, según se colige de la hoja de reparto de folio 41 del archivo 001.

En consecuencia, se condena a la demandada a pagar la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., del 1º de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020 en suma de \$105.600.000, y a partir del inicio del mes



25 deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas respecto de las cuales emitió condena por lo concepto de cesantías y prima de servicios. En esa medida se revocará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia que ordenó la indexación de las sumas reconocidas por prestaciones sociales y vacaciones.

COSTAS en esta instancia a cargo de las impugnantes.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra, para en su lugar, **CONDENAR** a la encartada ANUC, a pagar a la actora la indemnización del artículo 65 C.S.T. en suma de \$105.600.000, y a partir del inicio del mes 25 deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas respecto de las cuales se emitió condena por los concepto de cesantías y prima de servicios, de conformidad con los argumentos referidos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primer grado que ordenó la indexación de las sumas reconocidas por prestaciones sociales y vacaciones, por las razones expuestas.

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



CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las de las recurrentes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Salvamento de voto

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 30 2019 00654 01**
Demandante: FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
 PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
 DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, en contra de la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP y la vinculación de la señora MARLENY BERNAL ROPERO como litisconsorte necesario, a fin de condenársele a la entidad encartada reconocerle, pagarle e incluirla en nómina de pensionados,



la prestación económica por sustitución de manera vitalicia en calidad de cónyuge del causante CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), a partir del 21 de julio de 2018, en cuantía correspondiente en un porcentaje proporcional sobre el tiempo de convivencia.

Asimismo, se condene a la encartada al pago de intereses moratorios en los términos dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional que se genere a partir 21 de julio de 2018 y en lo sucesivo, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre hasta que se haga inclusión en nómina de pensionados, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que, mediante Resolución No. 20936 del 27 de julio de 1998 le fue reconocida pensión de jubilación al señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), con quien contrajo matrimonio católico el 19 de marzo de 1966, el cual perduró hasta el mes de agosto de 2004; así mismo que el causante falleció el 21 de julio de 2018.

Seguidamente, relató que con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, la UGPP mediante Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019 resolvió suspender los efectos jurídicos y económicos de la Resolución No. RDP 42581 del 26 de octubre de 2018, por medio de la cual le fue otorgado el derecho de sustitución pensional a la señora MARLENY BERNAL ROPERO en su calidad de compañera permanente del causante, decisión que por demás fue confirmada por la entidad en Resoluciones No. RDP 010290 del 29 de marzo de 2019 y 012931 del 11 de abril de 2019 respectivamente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La señora MARLENY BERNAL ROPERO contestó la demanda, manifestando que, atendiendo las pruebas acreditadas al plenario por la demandante, se demuestra que contrajeron matrimonio el 19 de marzo de 1966, poniendo de presente que la convivencia entre la pareja tuvo su inicio a partir del 1º de junio de 2000 en forma permanente e ininterrumpida, quienes mediante Escritura Pública No. 3052 del 18 de septiembre de 2006, liquidaron la sociedad conyugal.

En igual sentido, sostuvo que la UGPP le reconoció mediante la Resolución RDP 042581 del 26 de octubre de 2018 sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ en calidad de compañera permanente, reconociéndole la prestación de carácter permanente en un 100%.

Propuso las excepciones de falta de objeto y causa para ejercer la parte demandante esta acción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

LA UGPP expuso que no es posible determinar con exactitud si existió o no convivencia simultánea entre el causante y las interesadas, y determinar en realidad a quien le asiste el derecho pensional, toda vez que como entidad ejerce funciones de carácter eminentemente administrativas y no tiene facultades para evaluar pruebas allegadas al expediente administrativo, hasta tanto la justicia ordinaria no dirima dicho conflicto.

Formuló como medios exceptivos los denominados buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de junio de 2022 declaró que la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en su calidad de cónyuge supérstite del causante señor



CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a partir del día siguiente al fallecimiento que lo fue el 22 de julio de 2008, en un porcentaje equivalente al 73% del valor de la mesada pensional que ascendía para el año 2018 a la suma de \$3.906.210, es decir, la suma de \$2.851.533 y por 14 mesadas pensionales anualmente.

Asimismo, dispuso el reconocimiento de la prestación a la señora MARLENY BERNAL ROPERO en calidad de compañera permanente del causante a partir del día siguiente al fallecimiento que lo fue el 22 de julio de 2008, en porcentaje del 27% del valor de la mesada pensional que en su caso para la anualidad 2018 le correspondía a la suma de \$1.054.677 y sobre 14 mesadas pensionales al año.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* indicó en primer lugar que, no existe discusión en lo que atañe a la condición de pensionado del causante señor CARLOS ALFINSO RODRÍGUEZ como así se desprende de la Resolución No. 2020936 del 27 de julio de 1998, en la que se acredita que fue pensionado a partir del 13 de julio de 1997, como tampoco que es la demandada UGPP la responsable del pago de la pensión de sobrevivientes.

Que en lo que atañe a la pensión de sobrevivientes, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, define quienes son los beneficiarios de la prestación deprecada en el asunto de marras, así como lo concerniente a la convivencia simultánea, adicional a que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha realizado el estudio de tal tópico, concluyendo el operador de instancia que en tratándose de compañera permanente se debe acreditar convivencia con el causante por 5 años anteriores al fallecimiento, mientras que en lo atinente a la cónyuge, los 5 años de convivencia pueden acreditarse en cualquier tiempo, puntualizando a su vez que en virtud de que el causante falleció el 21 de julio de 2018, el estudio de la prestación debe realizarse a la luz de la mentada Ley 797 de 2003.



Por tal razón, estimó que del conjunto probatorio acreditado al plenario, quedó acreditado que la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y el fallecido señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ contrajeron matrimonio el 9 de marzo de 1966 y convivieron hasta el año 2004 compartiendo lecho, techo y mesa, fecha última en que ocurrió la separación de hecho, compartiendo así como pareja un espacio de aproximadamente 38 años, lo que constituye el requisito para la adquisición de la sustitución pensional por existir una convivencia superior a 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

Frente a las pretensiones de la señora MARLENY BERNAL ROPERO, sostuvo la calidad de compañera permanente con una relación orientada a una ayuda mutua y socorro para la configuración de una relación entrañable, quien convivió con el causante desde aproximadamente el 20 de marzo de 2004 hasta la fecha del fallecimiento, anualidad 2004 en la que se produjo la separación o distanciamiento entre el fallecido y la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, de allí que en calidad de compañera permanente lograra acreditar una convivencia de 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ.

En tal sentido, concluyó que teniendo en cuenta las prerrogativas de la sustitución pensional a la luz de la Ley 797 de 2003, a la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en calidad de cónyuge le asiste el derecho de la prestación en porcentaje del 73%, mientras que a la señora MARLENY BERNAL FORERO en calidad de compañera permanente le asiste el derecho al 27% del reconocimiento pensional.

En cuanto a la cuantía de la pensión, adujo que teniendo en cuenta la certificación que yace dentro del expediente administrativo allegado por la UGPP, el último valor recibido en vida por el causante para el año 2018 fue en valor de \$3.906.210, por lo que la cuantía que le corresponde a la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en calidad de cónyuge supérstite asciende a la suma de \$2.851.533, mientras que a la señora MARLENY BERNAL ROPERO



en calidad de compañera permanente asciende a la suma de \$1.054.677, junto con los correspondientes incrementos pensionales.

A su vez, dispuso que a favor de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ le correspondía un retroactivo equivalente a \$161.653.700 por las mesadas causadas desde el 22 de julio de 2018 hasta el 31 de mayo de 2022 teniendo en cuenta 14 mesadas anuales, y frente a la señora MARLENY BERNAL DE ROPERO determinó que le correspondía por concepto de retroactivo la suma de \$59.789.725 desde el 22 de julio de 2018 hasta el 31 de mayo de 2022, teniendo en cuenta igualmente 14 mesadas anuales.

Sobre los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el *a-quo* consideró que el término con que cuenta la entidad para resolver este tipo de prestaciones es de 2 meses contados a partir de la radicación de la petición al tenor de lo estatuido en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001; circunstancia por la cual, la parte demandante elevó reclamación administrativa el 12 de diciembre de 2018 solicitando la pensión de sobrevivientes, la cual se resolvió de manera negativa mediante la Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019, decisión que fue recurrida para confirmarse el 29 de marzo y 11 de abril de 2019, por lo que, entre la reclamación del 12 de diciembre de 2018 y la respuesta del 12 de febrero de 2019 no transcurrieron más de los 2 meses preceptuados en la norma, sumado a que el derecho quedó en suspenso ante el conflicto de beneficiarios que existía y que debía dirimir la especialidad laboral, de ahí que concluyera la improcedencia para pago sobre estos intereses.

Por último, frente a la excepción de prescripción, arguyó que no operó el fenómeno prescriptivo en los términos preceptuados en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S., 488 y 489 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Inconforme con la decisión la UGPP la apeló. Argumentó en su alzada que no se probó la convivencia entre la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y el causante, en la medida de que la misma cesó los efectos civiles del matrimonio antes del fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, máxime si dicha convivencia no se llevó a cabo dentro de los últimos 5 años al deceso del causante.

Que por tal razón, fue por lo que se le reconoció el derecho a la sustitución pensional a la señora MARLENY BERNAL ROPERO, quien fue la que demostró esa comunidad de vida y, por consiguiente, la convivencia con el causante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia la sentencia de primera instancia a favor de la UGPP y teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por dicha entidad, la Sala deberá auscultar si les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes deprecadas por las señoras FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y MARLENY BERNAL ROPERO, con ocasión del fallecimiento del causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente.

c. De la calidad de pensionado:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, puntualiza la Sala en primer lugar que dentro del presente proceso no fue objeto de reproche que al causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ (q.e.d.p.), mediante Resolución No. 20936 del 27 de julio de 1998 le fue reconocida una pensión de jubilación en cuantía inicial de \$394.160, la cual se hizo efectiva a partir del 13 de julio de 1997.

Tampoco el hecho que con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, y ante solicitud que elevara inicialmente la señora MARLENY BERNAL ROPERO en calidad de compañera permanente del causante, la UGPP mediante Resolución RDP 042581 del 26 de octubre de 2018 le reconoció pensión de sobrevivientes a partir del 22 de julio de 2018, sobre el 100% de la pensión de jubilación que venía percibiendo el causante, para con posterioridad, a través de la Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019, suspenderse la prestación por sobrevivencia al configurarse una simultaneidad de convivencia que debía ser dirimida por la especialidad laboral, acto administrativo último que fue confirmado por la encartada mediante Resoluciones RDP 010290 del 29 de marzo de 2019 y RDP 012391 del 11 de abril de 2019 (Fls. 15 a 19, 24 a 26, 28 a 32 y 143 a 147 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

d. De la pensión de sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo, que para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en virtud a que el fallecimiento del causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), sucedió el 21 de julio de 2018 como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción (Fl. 64 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).



Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”.

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable

y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

“Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

“Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.

“[...]

“Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

“Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).”

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

e. Del caso en concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ acreditó al juicio el reclamo de la prestación deprecada en su calidad de cónyuge del causante, aspecto que se comprueba con la correspondiente copia del Acta de Matrimonio expedida por la Parroquia La



Sagrada Pasión y copia del Registro Civil de Matrimonio que da cuenta que con el causante CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ contrajeron nupcias por el rito católico el 19 de marzo de 1966 (Fls. 11 y 12 a 14 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Para el escenario de la señora MARLENY BERNAL ROPERO, el derecho pensional debe analizarse bajo la égida de compañera permanente del causante, puesto que así quedó consignado en el transcurrir del trámite procesal, incluidos los diferentes actos administrativos emitidos por la UGPP.

Sobra resaltar, además, que tanto la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en calidad de cónyuge, como la señora MARLENY BERNAL ROPERO en calidad de compañera permanente, a la fecha del deceso acreditaban más de 30 años de edad como da cuenta la copia de sus cédulas de ciudadanía; circunstancia por la cual, procede la Sala a realizar el análisis exhaustivo del caudal probatoria en miras a determinar los derechos deprecados por ambas señoras.

Para el efecto, se advierte que en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte de la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, quien manifestó que no es pensionada. Que perduró casada con el causante durante 38 años, ya que celebraron matrimonio el 19 de marzo de 1966, manteniendo la convivencia como pareja hasta el 17 de agosto de 2004. Que el causante tuvo una relación extramatrimonial con la señora MARLENY BERNAL ROPERO, última persona con quien el fallecido convivió desde el año 2004 hasta la fecha de su deceso, procreándose un hijo que en la actualidad tiene 27 años.

Expuso que la relación de ella con el causante hasta el año 2004 en todo momento se llevó acorde a pareja, precisando también que el causante sostenía económicamente el hogar que tenía con la señora MARLENY BERNAL ROPERO. Que con el causante ella no suscribió ningún documento luego de la separación.



La señora MARLENY BERNAL ROPERO expuso en su interrogatorio de parte que es pensionada y que tiene un hijo, al igual que elevó reclamación ante la UGPP solicitando pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ. Que para la solicitud de la pensión ante la UGPP alegó una declaración extrajuicio en la que sostuvo que su convivencia con el causante como compañera permanente abarcó por el periodo comprendido entre el 1º junio de 2000 y el 21 de julio de 2018, calenda última del fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ.

El testigo FABIO FERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ precisó que es el cónyuge hace 36 años de una sobrina de la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ. Que conoce a la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ desde aproximadamente el mes de noviembre de 1980, ello en razón del noviazgo que para la época él frecuentaba con la sobrina de la demandante.

Que a la señora MARLENY BERNAL ROPERO la conoce de vista desde aproximadamente 10 años como quiera que tuvo relación con el señor CARLOS RODRÍGUEZ y ex esposo de la señora FLOR MARÍA. Refirió que cuando conoció a la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ estaba casada con el causante, hasta cuando supo el 17 de agosto de 2004 que la pareja se separó, fecha que tiene presente en razón a que ese mismo día es el cumple años de sus hijos menores, así como que tiene conocimiento que la separación de la pareja ocurrió en virtud a que el señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ tenía una relación sentimental con la señora MARLENY BERNAL ROPERO, tanto así que el fallecido procreó un hijo dentro de esta última relación.

Que le conoció como patrimonio del causante y la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ un apartamento ubicado en el Barrio Casa Blanca de la Ciudad de Bogotá y un taxi, ya que el fallecido siempre tuvo este servicio público. Tiene entendido que la pareja no se divorció legalmente y tampoco sabe cómo ocurrió la distribución de los bienes de la pareja, sumado a que de



ese hogar se procrearon 3 hijas de nombres SANDRA YOLANDA, PILAR y CLAUDIA.

Indicó que la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y el causante desde que los conoció y hasta el 17 de agosto de 2004 no tuvieron ninguna separación. Que estuvo presente en las exequias del causante, por lo que allí vio a los hijos de este y a las señoras FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y MARLENY BERNAL ROPERO, así como que el fallecimiento del señor CARLOS RODRÍGUEZ sucedió con ocasión a un cáncer.

Que en los últimos días de vida del causante fue cuidado por la señora MARLENY BERNAL ROPERO, las hijas y el hijo; no conoce sobre las entidades de salud que atendieron al causante. Que no tenía conocimiento si el causante tenía otra persona a parte de la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR sino únicamente cuando la pareja se separó.

La testigo LUZ AURORA TOBARÍA CEPEDA manifestó que es vecina de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ desde hace 40 años, pues ella como declarante vive en el cuarto piso del edificio, mientras que la demandante habita en el tercer piso. Que conoció al causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ por cuanto era el esposo de la señora FLOR MARÍA, puntualizando también que es muy amiga de esta última.

No recuerda la fecha de fallecimiento del causante, pero precisó que fue a su sepelio. Refirió que cuando el señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ falleció vivía con otra señora de nombre MARLENY, persona última con quien el fallecido aproximadamente convivió 12 años. No conoce la fecha exacta en que la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ convivió con el causante, pero aclaró que la pareja tuvo 3 hijas de nombres SANDRA YOLANDA, PILAR DEL ROCÍO y CLAUDIA, así como que tiene conocimiento que el causante también tuvo un hijo con la señora MARLENY BERNAL ROPERO.



Que el causante trabajaba como conductor en el ICBF y no le consta cuándo se pensionó. Que en el sepelio del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ vio a la señora MARLENY BERNAL ROPERO y a la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ. Que el causante empezó a padecer de una enfermedad, pero no recuerda a partir de qué momento, al igual que el fallecido fue cuidado en su enfermedad por la señora MARLENY BERNAL ROPERO. En últimas, expuso que suscribió ante Notaría declaración extraproceso, sin recordar cuando llevó a cabo esa situación.

El testigo LUIS FELIPE MUÑOZ RODRÍGUEZ manifestó que conoce a la señora MARLENY BERNAL ROPERO desde aproximadamente 1988, puesto que ella estuvo trabajando unos días en el ICBF y era pareja del causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, último quien era su compañero de trabajo, y para esa época era el novio de la señora MARLENY.

Que tiene entendido que el causante era casado, sin tener conocimiento si se separó legalmente de la cónyuge, argumentando a su vez creer que el fallecido señor CARLOS ALFONSO y la señora MARLENY BERNAL ROPERO iniciaron su convivencia como pareja desde aproximadamente 1988. Que él como declarante visitó a esta pareja en el Barrio Alta Mira, donde se encontraban en una vivienda producto de una herencia que los padres de la señora MARLENY, luego la pareja se fue a vivir a un barrio de nombre Chicalá en la localidad de Bosa.

Que durante las 3 ocasiones en que fue a visitar al causante en todo momento encontró a la señora MARLENY cuidándolo. Expuso que conoce a la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ porque la vio aproximadamente 2 veces, precisando que el causante falleció el 17 de julio de 2018, quien vivía con la señora MARLENY BERNAL ROPERO y su hijo. Manifestó no conocer la fecha en que el causante se distanció de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ.



La testigo BITALIA RAMOS DE GUERRERO manifestó que conoce a la señora MARLENY BERNAL ROPERO desde hace 20 años ya que su esposo fue compañero del causante en el ICBF, por lo que a raíz de eso fue que ella como declarante se hizo amiga de la señora MARLENY. Que la pareja iba a visitarla al Municipio de Gachancipá y cuando CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ estuvo muy enfermo ella visitó a la pareja al apartamento de esta.

Que no conoce a la demandante FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, indicando a su vez que en algún momento el causante le manifestó que había contraído nupcias. Que el causante vivía en la ciudad de Bogotá en el Barrio Chicalá y era en este lugar donde ella como declarante lo visitaba.

Que el causante falleció el 21 de julio de 2018 y asistió a su sepelio, y tiene entendido que los gastos fueron sufragados por la señora MARLENY BERNAL ROPERO. Consideró la declarante que a su juicio la señora MARLEN BERNAL ROPERO convivió con el causante aproximadamente desde el año 2000, teniendo constancia de dicha situación porque su esposo era compañero de trabajo del causante y para esa época se visitaban.

La testigo ANGELA YANETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ indicó que conoció a la señora MARLENY BERNAL ROPERA el día del deceso del causante, así como que es vecina de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, última quien se dedica al hogar. Que la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ convivió con el causante hasta el mes de agosto de 2004, fecha que tiene presente pues, de una parte, en el mes de septiembre cumple años el nieto del fallecido y, de otra, el causante para el año 2003 tuvo un accidente y fue la señora FLOR MARÍA quien lo cuidó. Que el padre de ella como declarante y el causante trabajaban en el ICBF.

Arguyó no tener conocimiento sobre las circunstancias de la separación de la pareja, sosteniendo que luego de esa separación el causante convivió con la señora MARLENY BERNAL. Que el causante y la señora FLOR MARÍA nunca se separaron legalmente.



Que ella como declarante conoció al causante y a la señora FLOR MARÍA desde el año 1994 cuando empezaron a ser vecinos. Adujo que tan pronto la pareja se separó en el mes de agosto de 2004 tuvo conocimiento que inmediatamente el causante empezó a convivir con la señora MAYERLY BERNAL FORERO, última con quien el fallecido tuvo un hijo de nombre JUAN CARLOS.

Que el causante tuvo con la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ tres hijas de nombres SANDRA, PILAR y CLAUDIA, todas en la actualidad mayores de edad. Expuso que desde el año 1994 que conoció al causante y a la señora FLOR MARÍA la pareja nunca tuvo separación alguna sino hasta el año 2004.

Igualmente, frente a las pruebas de carácter documental allegadas por la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en lo que atañe al requisito de la convivencia, la misma acreditó copia de una declaración extraproceso que ella misma surtiera ante la Notaría Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá el día 16 de noviembre de 2018, donde manifestó ante esa autoridad que se casó con el causante quien falleció el 21 de julio de 2018, persona con la que convivió de forma permanente e ininterrumpida desde el 19 de marzo de 1966 hasta el año 2004, así como que de dicha unión se procrearon 3 hijas de nombres SANDRA YOLANDA RODRÍGUEZ ESCOBAR, ROCÍO DEL PILAR RODRÍGUEZ ESCOBAR y CLAUDIA YESNITH RODRÍGUEZ ESCOBAR (Fl. 39 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Copia de la declaración extraproceso rendida por las señoras LUZ AURORA TOBARÍA CEPEDA y ÁNGELA YANNETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ ante la Notaría Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá el 16 de noviembre de 2018, quienes indicaron allí que conocieron al causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ de vista, trato y comunicación durante 38 y 30 años respectivamente y quien falleció el 21 de julio de 2018, de allí que les constara que fue casado con sociedad conyugal vigente con la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, pareja que convivió por espacio de 38 años, iniciando su convivencia a partir del 19 de marzo de 1966 hasta el año 2004,



al igual que de dicha unión procrearon 3 hijas de nombres SANDRA YOLANDA RODRÍGUEZ ESCOBAR, ROCÍO DEL PILAR RODRÍGUEZ ESCOBAR y CLAUDIA YESNITH RODRÍGUEZ ESCOBAR, todas mayores de edad (Fls. 39 a 40 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Asimismo, yace copia de cédulas de ciudadanía de las hijas de la pareja de nombres SANDRA YOLANDA RODRÍGUEZ ESCOBAR, ROCÍO DEL PILAR RODRÍGUEZ ESCOBAR y CLAUDIA YESNITH RODRÍGUEZ ESCOBAR (Fls. 41 a 48 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Por su parte, la señora MARLENY BERNAL ROPERO allegó copia de la Escritura Pública No. 3052 del 18 de septiembre de 2006 expedida por la Notaría Cincuenta y Siete del Círculo de Bogotá, mediante la cual se constata que la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y el causante por mutuo acuerdo decidieron disolver y liquidar la sociedad conyugal (Fls. 103 a 109 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Declaración extraproceso rendida por el causante en vida y la señora MARLENY BERNAL ROPERO el 22 de julio de 2016 y que fuese radicada directamente ante la UGPP, a través de la cual manifestaron que vivían desde más de 16 años bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida, unión respecto de la cual procrearon un hijo de nombre JUAN CARLOS RODRÍGUEZ BERNAL, quien es mayor de edad, al igual que era el causante quien sufragaba los gastos de alimentación, asistencia médica y demás aspectos del hogar como pareja, junto con una certificación expedida por la EPS Salud Total el 21 de noviembre de 2016, que advierte que en ese momento era beneficiaria en salud del fallecido la señora MARLENY BERNAL ROPERO en su calidad de compañera permanente (Fls. 112 y 116 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

En igual sentido, yace una segunda declaración extraproceso por la señora MARLENY BERNAL ROPERO y el causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ ante la Notaría Cincuenta y Siete el 9 de febrero de 2017,

mediante la cual como pareja expresan que conviven en unión marital de hecho desde el 1º de junio de 2000, compartiendo techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida, procreándose de dicha unión un hijo de nombre JUAN CARLOS RODRÍGUEZ BERNAL quien es mayor de edad, junto con una comunicación emitida por la UGPP al causante el 8 de noviembre de 2017, en la que se enrostra que el fallecido en vida ofició a la entidad encartada con la finalidad de dejar como beneficiaria de su pensión a la señora MARLENY BERNAL ROPERO en su calidad de compañera permanente (Fls. 117 a 119 y 120 a 123 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Por último, yace certificación expedida y atinente a los datos de defunción del causante señor CARLOS RODRÍGUEZ BERNAL, donde se identifica a la señora MARLENY BERNAL ROPERO para el momento del fallecimiento como su familiar y/o cuidador (Fls. 129 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

En otro lado, de las pruebas recaudadas de manera oficiosa por el *a-quo*, milita historia clínica del causante que fuese expedida por la Clínica Los Nogales, donde se refleja que por lo menos desde el año 2013 el fallecido padeció una enfermedad cancerígena, siendo acompañado en los diferentes tratamientos por la señora MARLENY BERNAL FORERO (PDF. 10 – RESPUESTA HISTORIA CLÍNICA LOS NOGALES).

También yace copia la demanda adelantada ante el Juzgado Doce de Familia de Bogotá que fuese interpuesta por el causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ en contra de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ para la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico bajo la radicación No. 110013110012-2017-00531-00, la cual en términos fue admitida mediante proveído del 8 de junio de 2017, pero con ocasión de la inactividad del mismo por el causante en su calidad de demandante, ese Juzgado profirió auto calendado el 18 de octubre de 2019 donde terminó el proceso por desistimiento tácito en los términos dispuestos en el artículo 317 del C.G.P., disponiendo a su vez el levantamiento de medidas cautelares y el correspondiente archivo (PDF. 12 – COPIAS JUZGADO DE FAMILIA).



Así las cosas, la Sala en primer lugar advierte que con ocasión de la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en calidad de cónyuge, la misma logró acreditar una convivencia con el causante en forma permanente e ininterrumpida por el periodo comprendido entre el **19 de marzo de 1966 y el 17 de agosto de 2004**, en tanto, de una parte, como da cuenta la celebración del matrimonio católico de la pareja, sobre esa solemnidad no yace prueba de cesación de efectos civiles del matrimonio, máxime si se tiene en cuenta que el proceso que adelantó el causante respecto de la señora FLOR MARÍA para tal fin ante el Juzgado Doce de Familia de la Ciudad de Bogotá, fue culminado por desistimiento tácito.

De otra parte, de las declaraciones rendidas en este juicio por los testigos FABIO FERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ y LUZ AURORA TOBARÍA CEPEDA, esposo de una sobrina de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y vecina de esta respectivamente, ambos fueron contestes en precisar que desde que conocieron a la pareja en ningún momento existió algún distanciamiento, sino solo hasta el 17 de agosto de 2004, aspecto que a juicio de la Sala goza de credibilidad como quiera que, fueron espontáneos en su declaración y refirieron aspectos precisos de la pareja tales como el hecho de que de dicha unión se procrearon tres hijas de nombres SANDRA YOLANDA, PILAR DEL ROCÍO y CLAUDIA, sin perderse de vista que fueron muy cercanos al hogar del causante y la señora FLOR MARÍA, inclusive relataron que la separación sucedió en virtud de que el causante formó un nuevo hogar con la llamada a juicio señora MARLENY BERNAL ROPERO.

Adicionalmente, en lo que atañe a la declaración rendida por la testigo ÁNGELA YANETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ, vecina también de la demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, refirió que en efecto la separación o distanciamiento de la pareja ocurrió en el mes de agosto de 2004, testigo que también dio aspectos claros de la vida del causante, como fue el hecho de que éste trabajó en el ICBF, teniendo conocimiento de ello puesto que fue compañero de trabajo de su padre, sin perderse de vista que las declaraciones hasta aquí expuestas, guardan plena congruencia sobre la convivencia aludida



por la señora FLOR MARÍA en el interrogatorio de parte rendido, quien manifestó que en efecto existió un distanciamiento como pareja en la mentada calenda 17 de agosto de 2004 cuando el fallecido se fue a vivir con la señora MARLENY BERNAL ROPERO, persona con quien incluso procrearon un hijo.

Ahora, la declaración extraproceso que rindieran las señoras LUZ AURORA TOBARÍA CEPEDA y ÁNGELA YANETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ el 16 de noviembre de 2018 ante la Notaría Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá, mismas quienes rindieron testimonio dentro del presente asunto, donde manifestaron dar fe que la convivencia entre el causante y la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ se extendió por el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 1966 y el año 2004, tópico que guarda congruencia con la declaratoria de convivencia de la pareja por lo menos hasta el 17 de agosto de 2004 y, en tal sentido, se acreditó una convivencia por espacio de 38 años, 4 meses y 28 días, talante que también acredita el requisito de convivencia de 5 años en cualquier tiempo.

En lo que respecta a la convivencia de la señora MARLENY BERNAL ROPERO en calidad de compañera permanente con el causante, para la Sala queda claro que esa relación afectiva abarcó el periodo comprendido entre el **18 de agosto de 2004 y el 21 de julio de 2018**, calenda última en que falleció el señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, pues como quedó consignado por la misma demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, su convivencia finalizó con el causante el 17 de agosto de 2004.

En este punto, es menester precisar que, si bien la señora MARLENY BERNAL ROPERO expone en su interrogatorio de parte que la convivencia con el causante desde el mes de junio de 2000, a juicio de la Sala no existe soporte probatorio que acredita tal situación.

Nótese que si bien de las declaraciones rendidas por los testigos LUIS FELIPE MUÑOZ RODRÍGUEZ y BITALIA RAMOS DE GUERRERO expusieron una convivencia permanente e ininterrumpida de la pareja hasta la fecha del

deceso del causante, ambos contradicen los extremos de su iniciación como pareja, toda vez que el testigo LUIS FELIPE MUÑOZ RODRÍGUEZ relató que fue compañero del fallecido, de ahí que tuviese conocimiento que empezó su convivencia con la señora MARLENY BERNAL ROPERO desde aproximadamente el año de 1888, mientras que la testigo BITALIA RAMOS DE GUERRERO relata que sucedió desde el año 2000, lo que conlleva a que no se configure plena certeza de una convivencia anterior al 17 de agosto de 2004, y si bien obran declaraciones extraproceso rendidas por el causante y la señora MARLENY BERNAL el 22 de julio de 2016 y 9 de febrero de 2017, donde expusieron existir una convivencia desde el año 2000, no existe suficiente ilustración de tal aspecto, más aún si como se dijo, las declaraciones traídas a juicio gozaron de contradicción.

A pesar de lo anterior, claro resulta para la Sala que a partir del 18 de agosto de 2004 la señora MARLENY BERNAL ROPERO en calidad de compañera permanente logró demostrar la convivencia afectiva, entrañable y de socorro mutuo que exige tanto la norma como la jurisprudencia para la configuración del requisito prestacional, pues como lo sostuvieron las declaraciones de LUIS FELIPE MUÑOZ RODRÍGUEZ y BITALIA RAMOS DE GUERRERO, inclusive la de la misma demandante señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ, fue la señora BERNAL ROPERO quien permaneció junto al causante hasta su deceso, inclusive siendo vista en las exequias del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ como así lo manifestaron todos los testigos traídos a juicio.

Aunado a ello, obra documental suficiente que soporta esta situación, como es el hecho de que la EPS Salud Total emitiera certificación de fecha 21 de noviembre de 2016 donde acredita que la señora MARLENY BERNAL ROPERO era beneficiaria en salud del actor en calidad de compañera permanente, la intención que en vida tuvo el causante de que su pensión fuese cedida a la señora BERNAL cuando elevó solicitud ante la UGPP, entidad quien le respondió lo respectivo el 8 de noviembre de 2017, así como la certificación expedida por NNOVAR Salud concerniente a los datos de defunción del



causante donde se indica que para el momento del fallecimiento era la señora BERNAL quien registraba como su familiar y/o cuidadora.

Sin que tampoco se pierda de vista la historia clínica emitida por la Clínica los Nogales, que da cuenta que por lo menos desde el año 2013 el causante venía presentando un cuadro cancerígeno en su salud, siendo la señora MARLENY BERNAL ROPERO quien se refleja como acompañante en dicho historial clínico; circunstancia por la cual, se puede colegir que se logró acreditar una convivencia por espacio de 13 años y 3 días, constituyéndose así el requisito de convivencia dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ.

Significa lo hasta aquí dicho, que atendiendo el tiempo de convivencia de la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ en su calidad de cónyuge del causante por el periodo comprendido entre el **19 de marzo de 1966 y el 17 de agosto de 2004**, esto es, por espacio de 13.918 días y, la convivencia de la señora MARLENY BERNAL ROPERO en calidad de compañera permanente del causante por el periodo comprendido entre el **18 de agosto de 2004 y el 21 de julio de 2018**, equivalente a 4683 días, la sustitución pensional por sobrevivencia asciende en 74.82% a la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y un 25.18% a MARLENY BERNAL ROPERO, aspecto que regula el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y por demás la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A pesar lo anterior, la condena de primer grado en lo que atañe al porcentaje allí determinado se mantendrá incólume, en la medida que las señoras FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ y MARLENY BERNAL ROPERO no refutaron tal aspecto.

Asimismo, es menester poner de presente que la UGPP mediante la Resolución RDP 042581 del 26 de octubre de 2018 reconoció el derecho pensional a la señora MARLENY BERNAL ROPERO sobre el 100% a partir del 22 de julio de 2018, esto es, al día siguiente en que el causante falleció, la cual fue suspendida

a través de la Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019 con ocasión de la problemática de beneficiarias de la pensión por haberse hecho parte la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ (Fls. 138 a 141 y 143 a 147 – PDF EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

En tal sentido, a las demandantes les asiste el derecho a que la sustitución pensional por sobrevivencia se reconozca a partir del día siguiente al fallecimiento del causante señor CARLOS ALFONSO RODRÍGUEZ, poniendo de presente que si bien la pensión a la señora MARLENY BERNAL ROPERO fue suspendida mediante la Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019, tal situación en nada repercute para que la prestación le sea reconocida a partir del día siguiente al fallecimiento del causante, esto es, 22 de julio de 2018, toda vez que la UGPP podrá compensar las sumas de dinero con las mesadas futuras respecto de la señora MARLENY BERNAL ROPERO, quien inicialmente fue aceptada por la entidad como única beneficiaria, así lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL803-2022, Radicación No. 89799 del 16 de febrero de 2022 donde sostuvo:

“Frente al tema conviene reiterar lo ya dicho por la Corporación en relación con la aplicación de la Ley 1204 de 2008, (CSJ SL 226-2021), en cuanto a lo que regula dicha norma respecto del trámite administrativo, el cual tiene como propósito agilizar el reconocimiento de la pensión en cabeza de los beneficiarios y proveerles los recursos, a efectos de evitar su desamparo inmediato, por lo que la norma ordena el reconocimiento pensional provisional, pero a su turno, busca que en un solo procedimiento se hicieran parte todas las personas que consideraran tener derecho a la pensión y, de haber controversia, se resolviera prontamente por la misma entidad con las pruebas aportadas, lo que después fue cambiado por la citada L. 1204 de 2008, ya que allí se ordenó que el asunto fuera dirimido por la jurisdicción, siguiendo la regla que ya había sido fijada en el art. 34 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año.

*En este punto la Sala precisó que puede desconocer el traumatismo administrativo, y peor aún, el riesgo económico que se genera en el reconocimiento pensional a cargo de las entidades frente a la aparición de adicionales beneficiarios de la prestación, pues es claro que, por permitírsele el ordenamiento jurídico, no deben correr con la suerte de ese tipo de excusas, dado que, si acreditan el derecho, **aquél debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento, que se insiste, en la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, es la muerte del***



causante pensionado o afiliado el que marca ese derrotero (Énfasis añadido)(CSJ SL 226-2021).

*Por esa razón, para evitar que se sacrifique el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ante la reclamación y surgimiento del derecho en cabeza de **nuevos beneficiarios de la prestación económica**, y se llegue a considerar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud (Énfasis añadido) (CSJ SL 226-2021)."*

Por tal razón, deberá adicionarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la UGPP que compense las sumas de dinero futuras respecto del derecho que le asiste a la señora MARLENY BERNAL ROPERO.

Por último, frente a la excepción de prescripción, como lo determinó el *a-quo*, la misma no goza con vocación de prosperidad, en la medida que el 12 de diciembre de 2018 la señora FLOR MARÍA ESCOBAR DE RODRÍGUEZ elevó solicitud del reconocimiento pensional deprecado, lo que dio lugar a que la UGPP emitiera la Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019, y con ocasión de los recursos interpuestos por la actora, la encartada emitió las Resoluciones RDP 010290 del 29 de marzo de 2019 y RDP 012391 del 11 de abril de 2019, presentándose la demanda el 18 de septiembre de 2019 como da cuenta el Acta individual de reparto, lo que enrostra que se solicitó el derecho dentro de los tres años siguientes anteriores al fallecimiento del causante que lo fue el 21 de julio de 2018, de allí que no opere el fenómeno prescriptivo a la luz de los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S., 488 y 489 del C.S.T.

Igualmente, respecto de la señora MARLENY BERNAL ROPERO este medio exceptivo no goza de prosperidad, toda vez que, como da cuenta la Resolución RDP 035524 del 30 de agosto de 2018, la misma elevó reclamación administrativa el 21 de julio de 2018, siéndole reconocida pensión por



sustitución a través de la Resolución RDP 042581 del 26 de octubre de 2018, la cual fue suspendida mediante la Resolución RDP 003332 del 4 de febrero de 2019 y presentándose la demanda el 18 de septiembre de 2019 como da cuenta el Acta individual de reparto, sin que tampoco haya operado el término prescriptivo trienal para la alegación de sus derechos.

SIN COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, por considerarse que el asunto también se estudia en sede de consulta a favor de la UGPP, entidad quien se encuentra en espera de que se dirima el asunto de marras.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la UGPP que compense las sumas de dinero futuras respecto del derecho que le asiste a la señora MARLENY BERNAL ROPERO, de conformidad con las con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2021 00221 01
Demandante: EDGAR WILLIAM TIMARÁN ALEMAN
Demandado: COMCEL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR WILLIAM TIMARÁN ALEMAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad COMCEL S.A., a fin que se declare que sostuvo un contrato de trabajo con la demandada el cual terminó sin justa causa, dado que el despido del que fue objeto es violatorio de la ley y en consecuencia carece de efecto.

En virtud de lo anterior, pretende se condene a la enjuiciada a pagar la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, normada en el artículo 64 del C.S.T., junto con los intereses moratorios que se



causen hasta la fecha de pago, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones adujo que, el 3 de octubre de 2001 suscribió contrato de trabajo con la demandada, desempeñando varios cargos durante la vigencia del mismo, siendo el último el de Gerente Canal de Agentes Centro 4, el cual asumió en abril de 2019 devengando como última asignación salarial la suma de \$12.539.000.

Igualmente, señaló que las funciones que realizó en su dicho cargo correspondían a la gestión comercial de la zona Centro 4, la que abarca la Sabana de Cundinamarca, tres agentes de Bogotá y los departamentos de Meta, Casanare, Arauca, Guaviare, Guainía, Vichada, Vaupés con un total de 45 agentes comerciales y 17 personas a cargo, enlistando las actividades que describe en el *petitum*.

Enfatizó que en abril de 2019 y durante los meses siguientes, la pasiva realizó varias modificaciones respecto a la estructura comercial y cambios en los procedimientos y políticas que impactan directamente la gestión de los agentes comerciales; destacando que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario asignado sin presentar queja alguna o llamado de atención.

De otro lado, expuso que el 14 de noviembre de 2019 siendo las 5:30 p.m., la encartada le informa de la existencia de un proceso disciplinario a través de citación a descargos, diligencia que se llevó a cabo el 15 de noviembre de 2019 a las 4:00 p.m. Seguidamente relató que los hechos que dieron lugar a esa citación, referían a que se había evidenciado un incremento de ventas de kit de financiamiento por parte del distribuidor ACAMOVIL en junio y julio de 2019; y que al verificar las ventas ya activas, en muchos casos no se aplicó



verificación biométrica y tampoco existía contrato físico, además, que los equipos que no cuentan con documentos de soporte de la venta y fueron activados, son de alta gama, lo que generó perjuicios a la compañía por \$569.121.849.

Así las cosas, indicó que el 26 de noviembre de 2020 después de 18 años, 1 mes y 23 días; COMCEL S.A decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, aduciendo justa causa por violación a los numerales 1º, 5º y 9º del artículo 42 y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, así como el Código de Ética y de Conducta de la Empresa, y genéricamente el incumplimiento de los deberes legales contemplados en el artículo 58 del C.S.T. y los numerales 2, 4 y 6 del literal a) del artículo 62 *ejusdem*, asimismo, en la comunicación se le indican los motivos del empleador para dar finalizado el contrato de trabajo.

Seguidamente, expuso que, al ser notificado del despido se suspendió no tuvo acceso a los servicios de la web suministrados por el empleador, por lo que no tuvo oportunidad de enterarse de la presunta violación de las normas internas aludidas por COMCEL; sin embargo, sostuvo el promotor que la conducta descrita por la demandada como fundamento del despido, no se encontraba dentro de las funciones que venía desempeñando, y tampoco existió perjuicio económico para el empleador.

Acotó que sus funciones consistían en la gestión de agentes comerciales y no en control de inventario de equipos, dado que su gestión se medía en las ventas para lo cual COMCEL S.A. contrataba los agentes que realizaban la venta directa al cliente. En tal sentido, era imposible saber a cuál cliente se le había vendido un determinado equipo, ya que solo conocía los volúmenes de venta realizados.

De otra parte, indicó que en la carta de despido COMCEL S.A. le informó que, en caso de no estar de acuerdo con la decisión, podía solicitar la revisión de la



misma dentro de los cinco (05) días calendario siguientes a la notificación, por lo que el 3 de diciembre de 2019, solicitó a la demandada que le suministrara el texto de las normas que violó y los documentos que tuvo en cuenta como pruebas dentro del proceso disciplinario, con el fin de revisar lo atinente a la terminación, sin que le haya brindado respuesta.

No obstante, la encartada lo citó el 18 de diciembre de 2019 para firmar la liquidación definitiva de su contrato, lo cual acaeció el 30 de diciembre de 2019, oportunidad en la que dejó constancia en ese documento de que aún no se había consolidado el despido, dado que no se había resuelto su solicitud, la cual solo fue atendida por parte de la pasiva el 31 de diciembre de 2019 y que recibió copia de la citación a descargos, sin embargo, no recibió los documentos que menciona COMCEL S.A. como pruebas, a los que no pudo acceder como ya expuso. De esa forma, indica que tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa, pues se le violaron sus derechos al debido proceso y, además, las conductas endilgadas no hacían parte de las funciones a su cargo y tampoco existió el detrimento patrimonial que se le imputa. (Fls. 2 a 8 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COMCEL S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en su contra. Al respecto, refirió que el contrato de trabajo que existió entre las partes terminó en razón a las graves faltas cometidas por el demandante, es decir, con justa causa, sin que le haya vulnerado derecho alguno; por tanto, no hay lugar al pago de la indemnización y las demás condenas que deprecia.

Formuló como excepciones de fondo las de falta de causa, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (Fls. 3 a 15 archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, declaró probadas las excepciones de falta de causa, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido planteadas por la demandada y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia advirtió que la jurisprudencia ha sostenido que cuando se reclama la indemnización por despido injusto, al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido, mientras que el empleador debe acreditar la comisión de las conductas endilgadas al trabajador, para lo cual no es suficiente la carta de despido, sino que se debe demostrar la ocurrencia de las faltas atribuidas. De esa forma, hizo mención de manera literal a la carta de despido fechada el 26 de noviembre de 2019, en la que se exponen los motivos que tuvo el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral con justa causa.

Al relatar algunos apartes de la citada comunicación, el *a-quo* señaló que en los meses de junio y julio de 2019 se había presentado un incremento en el kit de ventas financiado al distribuidor ACAMOVIL y al verificar las ventas ya activas, se encontró que en gran parte de los casos no se aplicó validación biométrica, lo cual implica que debió generarse un contrato físico. De manera que, al validar con el área de Soporte Legalización, se evidenció que a estas cuentas no se les realizó el proceso de legalización del contrato físico a archivo, asimismo se encontró que los equipos no cuentan con el soporte de documentos de la venta y fueron activados, son de gama alta, generando un perjuicio para los ingresos de la compañía.

En consecuencia, el promotor no actuó de manera diligente, al no realizar la supervisión y seguimiento de las inconsistencias presentadas con el agente ACAMOVIL en las funciones propias de su cargo, es decir, un seguimiento que permitiera realizar el bloqueo de este cliente, a pesar de haberse presentado



movimientos inconsistentes entre los meses de junio y julio de 2019, lo que ocasionó pérdidas económicas a la compañía por un valor aproximado de \$569.121.849.

Más adelante expuso, el Juez de instancia al continuar con la lectura de la carta de terminación del contrato, indicó que las normas que se citan en tal escrito como que sustentan el despido, son las consagradas en los numerales 1º y 5º del artículo 58 y los numerales 2º, 4º y 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., en concordancia con los numerales 1º, 5º y 9º del artículo 42, y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, así como el Código Ética y Código de Conducta de la Empresa.

En consonancia con lo anterior, el fallador de instancia dijo que corresponde a la pasiva acreditar las justas causas que se endilgan en dicha carta, por lo que trajo a colación los numerales 1º y 5º del artículo 58 del C.S.T. y los numerales 1º, 5º y 9º del artículo 42 del Reglamento Interno de Trabajo, además dijo que se había aportado la descripción del perfil del cargo de Gerente Canal Agentes y la citación a diligencia de descargos del 14 de noviembre del 2019, el cuadro de riesgo de ventas efectuadas por ACAMÓVIL de enero a agosto del 2019 y el acta de diligencia de descargos y el reglamento interno de trabajo de la empresa.

Seguidamente, después de analizar los interrogatorios de parte que se recibieron al actor y a la Representante Legal de la demandada y las declaraciones de los testigos que comparecieron al proceso, el Juez de instancia concluyó que la convocada a juicio había demostró las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo al actor, pues este omitió cumplir a cabalidad con las responsabilidades que le imponía el cargo de gerente canal de gentes, sin que fuese admisible que una persona con la experiencia del convocante alegara el desconocimiento de las funciones propias del cargo, que en todo caso demostró la demandada podían ser consultadas en intranet por todos sus colaboradores.



Además, debió ser diligente ejerciendo el control y supervisión de los agentes comerciales asignados, en procura de conservar o mejorar el patrimonio la empresa a la que presta sus servicios, más cuando aceptó que una de las actividades a su cargo era el cumplimiento de presupuestos y objetivos, en este sentido el despido se soportó en una justa causa debidamente y oportunamente soportada invocada, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones que elevadas en su contra.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto sostuvo que, si bien es cierto que el empleador tiene la obligación de demostrar las faltas en las que incurrió el trabajador, lo cierto es, que no existe nexo de causalidad entre las faltas y el perfil del cargo en el que se explica cada una de las funciones y responsabilidades a su cargo. Destacó que el hecho que el actor haya aceptado de alguna manera que no conocía plenamente el perfil del cargo, se debe a que manejaba el segmento de hogar y solo hasta enero de 2019 pasa a realizar las mismas funciones con el mismo cargo, pero en otra línea diferente que es personas.

Por tanto, no se le puede atribuir responsabilidad, máxime que cuando el demandante manifiesta que desconoce las funciones específicas del cargo, es por cuanto, tal como lo corroboró la prueba testimonial, desde el año 2019 se realizó una reforma estructural a la parte comercial de Claro, sin que sea de recibo afirmar que el interrogatorio del actor y el testimonio fueran un calco, al contrario, dan fe de las funciones diarias y de la realidad en el ejercicio de sus cargos.

Además, se le está dando un mayor valor al testimonio de la persona de Recursos Humanos, pues incluso cuando se le preguntó si conocía el comportamiento de los Agentes Comerciales y por qué se refería a un incremento exuberante, manifestó no tener conocimiento al respecto.



Igualmente, no se da por comprobado el hecho del que se desprende el despido sin justa causa, y es hacer un seguimiento de un supuesto incremento exorbitante de los informes y de todos los indicadores del distribuidor ACAMÓVIL. Adujo que se debe tener en cuenta el testimonio del señor ALBERTO ESPITIA, pues el hecho de que haya demandado a la pasiva por los mismos hechos, no puede desconocerse que le constan las funciones diarias, la gestión del área y de los perfiles del cargo, lo cual da a entender que efectivamente no había podido preverse el control que se reclama y los indicadores de crecimiento que presentaba ACAMÓVIL no eran exuberantes, sino que correspondían al comportamiento diario, por lo que no hay informes o tablas que evidencien que es exuberante y que no y que debe presentar alerta.

Respecto a la legalización de los documentos tampoco se indica un porcentaje que puede ser legalizado y que puede manejarse de una u otra manera, y tampoco se presenta prueba respecto de cuáles son los indicadores dependiendo del perfil del distribuidor. Agregó que de la versión de la señora SILVIA RIAÑO y del documento número nueve que se aporta, se evidencia que entre junio y julio se informó de un error en el sistema y que los distribuidores podían pedir más equipos respeto del cupo que tenían establecido, lo cual corroboró el testigo ALBERTO ESPITISA quien dio cuenta que no solo era ACAMOVIL quien presentaba ese problema, sino que se dio una alerta por parte de CLARO, luego, existe una fuente de riesgo que generó el mismo empleador.

Reiteró que no existe claridad sobre las labores que se le están atribuyendo al actor en el perfil de cargo, pues su cargo era netamente comercial y existían otras áreas que debían controlar las minucias de que documento lleva una firma y que se le despacha al proveedor y todas sus actividades de acuerdo al perfil del cargo van en un 95% destinadas a las actividades comerciales, sin que se le puedan endilgar obligaciones de otras áreas, y menos que exista una función que diga que debía pedir informes a logística o cartera, pues éste veía



de manera gerencial los indicadores, sin que se evidenciara un indicador de riesgo de acuerdo a sus años de experiencia, siendo diáfano que la que creó la fuente de riesgo fue COMCEL, además se está mirando de manera lineal los diez años que llevaba en un cargo similar, empero, hay que tener en cuenta que el tiempo que llevaba en el nuevo cargo era solo de meses y se estaba acoplando y por funciones muy específicas se le está atribuyendo una falta que no está probada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar; si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del C.S.T.

c. De la existencia de la relación laboral:

Sea lo primero indicar que no es objeto de reproche en esta instancia que entre el demandante y la demandada COMCEL S.A., se pactó un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1º de octubre de 2001 y el 26 de noviembre de 2019; siendo su último cargo el de Gerente Regional Agentes, devengando como salario mensual integral la suma de \$12.539.000, pues tales aspectos se coligen con la liquidación definitiva de empleados, el contrato de trabajo, el Otrosí Complementario a la Comunicación de Cambio de Cargo de



1º de abril de 2019 y la certificación expedida por la encartada el 28 de julio de 2021. (Folios 20 a 21 archivo 01 y folios 56 a 59 y 60 archivo 07).

d. De la indemnización por despido sin justa causa:

Precisado lo anterior, y en punto del objeto de reproche de la activa en su alzada, debe advertirse que en tratándose de la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste al demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., el despido se acreditó a plenitud como quiera que se allegó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que se expidiera por la encartada el 26 de noviembre de 2019 (Folios 10 a 12 archivo 01 y 90 a 92 archivo 07), documento que por demás no fue refutado de falso; circunstancia por la cual, le atañe a empleador comprobar la justa causa endilgada.

Adicionalmente, la reiterada jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha señalado entre otras, en sentencia SL2580-2022, que son requisitos para dar por terminado el contrato por justa causa la: i) comunicación al trabajador en la que se individualicen los motivos o razones por los que se da por terminado, ii) la inmediatez en la decisión, iii) la configuración de alguna de las justas causas señaladas en el CST, además, iv) si



es del caso, agotar el procedimiento previo al despido incorporado en la convención colectiva, en el reglamento interno de trabajo o en el contrato individual y v) la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.

Respecto a la configuración de las justas causas que se endilguen al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, en sentencia SL4005-2022, Radicación No. 90051 de 22 de noviembre de 2022, se dijo:

“La Sala debe recordar que, en la carta de despido, al empleador le basta con identificar los motivos concretos que dan lugar a ello, de manera que, en ese momento, le permita al trabajador conocer las razones que generan esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al juez de trabajo verificar si las invocadas están o no tipificadas en el ordenamiento aplicable (CSJ SL4545-2018).

“[...]

“Es que esta Sala tiene adoctrinado que si en el acto del despido, el empleador invoca varias causales, le basta con acreditar la ocurrencia de una de ellas, siempre que posea la entidad suficiente para soportar su determinación. Por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 36558 reiterada en la CSJ SL3823-2020, se indicó que «para justificar el despido aunque concurren varias causales, basta dar por acreditada una con mérito para ser justa causa».”

Efectuadas tales precisiones, esta Colegiatura al remitirse a la referida carta que dio lugar al finiquito, encuentra que fueron argumentos del empleador demandado para dar por terminada la relación con justa causa, los que a continuación se exponen:

“Ref.: Terminación del contrato con justa causa.

Respetado señor Timaran:

Por medio de la presente me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo de forma unilateral y con justa causa, finalización que se hará efectiva a partir del día Veintiséis

(26) de noviembre del Dos Mil Diecinueve (2019), fundamentada en los siguientes graves hechos que a continuación se relatan y que motivan esta decisión:

La Empresa tuvo conocimiento que, durante la ejecución de su labor como Gerente Regional de Agentes, Usted incumplió con sus obligaciones laborales contenidas en los numerales 1° y 5° del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, las contenidas en los numerales 1º, 5º y 9º del artículo 42 del Reglamento Interno de Trabajo, además del Código de Ética y de Conducta de la Empresa, pues Usted no realizó la supervisión y seguimiento de las funciones propias de su cargo en los términos que se relacionan a continuación:

- Se evidenció que, durante los meses de junio y julio de 2019, hubo un incremento en ventas de Kit financiado, por parte del distribuidor ACAMOVIL y al verificar las ventas ya activas, se encontró que, en gran parte de los casos, no se aplicó la validación biométrica, lo cual implica que debió generarse un contrato físico. De manera que, al validar con el Área de Soporte Legalización, se evidenció que a estas cuentas no se les realizó el proceso de legalización del contrato físico a archivo. Así mismo, se encontró que los equipos que no cuentan con el soporte de documentos de la venta y fueron activados, son de gama alta, generando un perjuicio para los ingresos de la Compañía.*
- En consecuencia, Usted no actuó de forma diligente, al no realizar la supervisión y el seguimiento de las inconsistencias presentadas con el agente ACAMOVIL en las funciones propias de su cargo; es decir, un seguimiento que permitiera realizar el bloqueo de este cliente, a pesar de haberse presentado movimientos inconsistentes desde entre los meses de junio y julio de 2019, lo que ocasionó pérdidas económicas a la Compañía por un valor aproximado de \$569.121.849.*

Los hechos previamente mencionados, fueron objeto de investigación disciplinaria en la que tuvo lugar la diligencia de descargos del día quince (15) de noviembre de 2019, oportunidad en la que se le presentaron todas y cada una de las pruebas obrantes dentro del proceso y se le permitió controvertir las mismas y allegar los elementos que considerara para su defensa, permitiéndole pronunciarse al respecto en ejercicio y garantía plena de su derecho a la defensa y al debido proceso. Recordando que se tuvieron en cuenta las siguientes pruebas:

- Solicitud de cierre de agente comercial, remitida por Área de Coordinación Prevención fraude.*
- Solicitud remitida al agente comercial ACAMOVIL el día 20 de agosto de 2019 con reiteración del día 22 de agosto de 2019.*

- *Respuesta remitida por el agente comercial el día 23 de agosto de 2019.*
- *Propuesta remitida por el agente comercial ACAMOVIL.*
- *Explicaciones enviadas por Usted al Gerente Integral- Edgar William Timaran.*

Para mayor claridad, Usted se manifestó en los siguientes términos:

- a) *En primer lugar, debe resaltarse que como trabajador de la Empresa Usted debe cumplir el Reglamento Interno de Trabajo, las normas, procesos y procedimientos señalados por la Compañía para el ejercicio de su cargo al estar las mismas publicadas para su consulta, al tiempo que contractualmente Usted cuenta con la obligación especial de cumplir con todos los aspectos que tengan que ver con las obligaciones propias de su cargo conforme a las instrucciones, reglamentos y normas que se impartan, por lo que resulta completamente inaceptable que Usted no haya realizado la supervisión y el seguimiento de las inconsistencias presentadas con el distribuidor ACAMOVIL, que permitiera realizar el bloqueo del mismo, por lo que generó graves afectaciones económicas a la Empresa. Ello, debido a que como se demostró en la diligencia de descargos. Usted era el jefe directo de Alberto Espitia y esta tenía a su cargo la verificación anteriormente mencionada.*
- b) *En ese sentido, cuando se le preguntó cuáles eran las funciones que desempeñaba, Usted respondió: "yo tengo un objetivo de cumplimiento de presupuestos y objetivos, pero yo no he recibido manual de funciones de mi cargo. Al respecto, resulta importante mencionar que estas manifestaciones no pueden ser aceptadas por la Empresa, dado que Usted ha desempeñado el cargo de Gerente Regional de Agentes de tal manera que conoce cuales son funciones propias a su cargo, y por ende conoce que debe de ejercer los controles sobre los distribuidores que están bajo su cargo y más sobre uno que tuvo un crecimiento tan veloz y rápido como lo fue ACAMOVIL. En este sentido, el incumplimiento grave de estas obligaciones a raíz de las omisiones presentadas en relación con la supervisión y seguimiento que debía ejecutarse por parte suya, devinieron en la generación de graves consecuencias para la Compañía, en la medida que se realizaron una serie de ventas de equipos financiados sin ningún tipo de soporte sobre la venta realizada, conforme lo estableció el Área de prevención de fraude de la Compañía, situación que no puede pasarse por alto.*
- c) *En adición se le solicitó que indicara cuál era el seguimiento que se hacía al agente comercial ACAMOVIL frente a lo cual manifestó: "El seguimiento de los informes de ventas por cada uno de los agentes incluyendo acamovil, soporte y apoyo en las inquietudes que se presentaban acerca de operación de la oferta, consulta, ese es el día a día es continuo ya sea por teléfono o mail y se hacen visitas en las oficinas del agente para*

mostrar oportunidades de crecer las ventas, objetivos que la Compañía tiene como foco, crecer en temas como volúmenes de productos y otros productos, día a día se da seguimiento." posteriormente, al momento de preguntarle acerca si, el jefe de zona, su subalterno, realizó control sobre la realización de los contratos físicos por parte de los agentes en la venta de equipos financiados Usted respondió: "No, el proceso lo hace directamente el agente quien radica la información a data file (...)" situación que pone de presente las omisiones que se presentaron por parte suya como Gerente Regional de Agentes, puesto que este tipo de seguimientos deben de ser realizadas desde su Área y específicamente por el cargo que Usted ostenta, para evitar que se presenten este tipo de situaciones que afectan de forma considerable las finanzas de la Compañía, al no contar con soporte ni físico ni biométrico, de las ventas de kits financiados, de manera que, si existió un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, que no solo evidencia la falta de control que se tenía por parte suya sobre el personal que tenía a cargo, sino que también tuvo un grave perjuicio económico para la Empresa.

f) Adicionalmente cuando se le pidió que diera una explicación sobre la falla de legalización de ACAMOVIL Usted respondió: "(...) cuando le dijimos lo de la legalización notó que faltaban algunos contratos de legalización y no tenían la documentación y había una falla de control interno del agente, fallo en ese control de seguimiento administrativo, el agente conoce los tiempos de legalización y perdió el control.". Teniendo en cuenta esta afirmación, resulta inadmisibles por parte de la Compañía, que Usted esté pretendiendo evadir su responsabilidad frente a las consecuencias negativas que se generaron con las omisiones presentadas frente al manejo de procedimientos y documentación que debía tener el distribuidor, indicando que se trataba de una falta de control interno, puesto que Usted se encontraba facultado para solicitar que las Áreas pertinentes realizarán los informes sobre el riesgo en las ventas de los distribuidores, inspeccionar las cifras, las metas y los cumplimientos de los agentes comerciales, situación que se no se presentó en este caso en concreto y por ende, no se pudo evidenciar de manera oportuna que el distribuidor ACAMOVIL presentaba estas inconsistencias en el manejo documental que debía tener, dado que se logró establecer que había realizado ventas de equipos de alta gama, sin contar con los documentos en regla, para que se pudiera validar la existencia de los contratos con los clientes y contar con los soportes para proceder con el cobro de las obligaciones de éstos.

Advertido lo anterior, es importante recalcar que Usted, con los comportamientos señalados, ha defraudado de forma definitiva la confianza depositada por parte de la Compañía, pues no contó con una

conducta ajustada a los intereses de su Empleador, incumpliendo de manera negligente con sus obligaciones como trabajador, ya que la Empresa esperaba que Usted adoptará una posición y conducta leal e idónea respecto de los procedimientos, políticas y prácticas de esta, así como el seguimiento y control de las funciones que tenía que cumplir el personal a cargo suyo. Por el contrario, resulta evidente que Usted no se encuentra facultado para desempeñar las funciones que le han sido encomendadas en virtud del grado de responsabilidad que las mismas implican.

En virtud de todo lo anterior, la Empresa ha perdido la confianza depositada en Usted como trabajador, lo cual hace incompatible su presencia en la Compañía. Situación que conlleva a que se dé por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con lo previsto en los numerales 1° y 5° del artículo 58, y los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral 1° 5° y 9° del artículo 42, y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, así como el Código de Ética y Código de Conducta de la Empresa.

En este sentido, le ponemos de presente que puede acercarse a las instalaciones de la Compañía a recibir su liquidación final de acreencias laborales.

De igual forma, le comunicamos que a partir de la fecha Usted cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles para realizarse y/o practicarse el examen médico ocupacional de egreso, el cual debe ser solicitado a la IPS "COLMEDICOS S.A.". Para tal efecto deberá solicitar la cita al correo claro@colmedicos.com.

En caso de no estar de acuerdo con la Decisión, Usted podrá solicitar de forma escrita revisión de la misma dentro del término de cinco (05) días calendario siguientes a la notificación de la misma, a través del correo electrónico segundainstancia@claro.com.co, y/o ante la oficina de Relaciones Laborales de la Compañía, dejando de Presente que la petición de revisión o aclaración no suspende la aplicación de la Decisión que le fue previamente notificada."

De la comunicación en cita, se puede colegir que los hechos que dieron lugar al despido del actor, corresponden a las inconsistencias que se presentaron con el agente comercial ACAMOVIL, ya que realizó ventas de equipos de alta gama, sin contar con los documentos en regla, para que se pudiera validar la



existencia de los contratos con los clientes y contar con los soportes para proceder con el cobro de las obligaciones a estos.

A razón de tal proceder, el empleador imputó al trabajador como conductas para finalizar el contrato de trabajo las enlistadas en los numerales 1° y 5° del artículo 58, y los numerales 2°. 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral 1° 5° y 9° del artículo 42, y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, así como el Código de Ética y Código de Conducta de la Empresa.

Ahora, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante, quien expuso que era cierto que tenía a su cargo la función de coordinar y controlar los procesos y políticas de la compañía y los trabajadores para garantizar el cumplimiento de las políticas de la gerencia comercial; que debía gestionar con las demás áreas de la compañía los temas que fueran necesarios para el logro de los objetivos de la gerencia y sus canales comerciales.

Que la empleadora no le hizo entrega de las funciones del cargo que asumió en ese año, entendiendo la Sala que se refiere a las del último que desempeñó en la compañía demandada; refiere conocer que estaban publicadas en la intranet las de los anteriores cargos que ocupó en la empresa, además dijo no recordar el contenido del otrosí que señalaba la obligación de consultar la intranet a fin de verificar las funciones del nuevo cargo.

Que es cierto que dentro de los agentes que tenía asignados estaba ACAMOVIL, pero no era cierto que tenía que verificar el control de ventas del stop de ese agente; que lo controlaba el área de Activaciones, Logística y el área de Crédito y Control, sobre unos valores estimados de inventario que le despachaba logística de acuerdo a un cupo de crédito que le entregaba la compañía, los que no pasaban por sus manos, ni dependían de él. Que tenía acceso al inventario,



por cuanto visitaba las tiendas y debía verificar si había material para la venta, pero el total de los valores del cupo de crédito lo controlaba crédito y cartera.

Que ACAMOVIL dentro de los meses de junio y julio de 2019, presentó un crecimiento dentro del porcentaje de ventas normal, y no presentó alarma por cuanto estaba dentro del promedio de la gerencia dentro de todos los agentes. Además, indicó que es cierto que en gran parte de esas ventas que se generaron y que presentaron inconsistencias en los meses de junio y julio de 2019, no se aplicó la validación biométrica por lo que debía generarse un contrato físico.

También expuso que es parte del proceso de ventas el hecho que no lleguen todos los contratos físicos, lo cual tiene una proporcionalidad de acuerdo a las ventas, por lo que el agente no recibe retribución de comisión, entonces no se hace ese proceso del contacto físico, por lo que es cierto que no se hicieron algunos de esos documentos que recibe el Área de Activaciones.

A la pregunta de si es cierto que durante los meses de junio y julio de 2019 no solicitó al Área Soporte de Legalización el reporte del agente ACAMOVIL, indicó que no solicitó los reportes porque llegaban normalmente. Que además no recibía un reporte de cartera, y que para los meses de junio y julio de 2019 solicitó informes de la gestión del agente ACAMOVIL al señor ALBERTO ESPITIA, que solicitó los seguimientos de las actas por correo, que en esos reportes se reflejaba como se hacen las tareas comerciales, el crecimiento de ventas, número vendedores y puntos de venta y mercadeo, y que el seguimiento diario consistía en cómo iban las ventas de pospago y prepago.

Que el señor ALBERTO ESPITIA no le reportó alguna inconsistencia frente a los contratos del agente ACAMOVIL, porque los contratos se enviaban directamente a Bogotá al Área de Logística y Activaciones.

Por su parte, la testigo SILVIA RIAÑO dijo que labora para la demandada desde diciembre de 2018 como Profesional de Relaciones Laborales, que realizó el



proceso disciplinario y la diligencia de descargos del actor; que el cargo de Gerente de Regional Agentes, tiene que asumir el seguimiento y el control del funcionamiento y crecimiento de los Agentes Comerciales que trabajan con la compañía, que cree que el actor llevaba diez años laborando para la accionada, y no tiene claro cuando se le entregó el documento de descripción de perfil del cargo.

Respecto al proceso que llevó a cabo, dijo que se dio por cuanto se les presentó un informe desde el Área de Prevención del Fraude, en el que les indicaban que existía un crecimiento anormal de un agente comercial en la ciudad de Villavicencio de nombre ACAMOVIL, en razón a esa situación validaron la información, escuchando en diligencia de descargos al demandante para esclarecer las situaciones que se estaban presentando, puntualmente las que ocurrieron en los meses de junio y julio de 2019, en las que se evidenció que dicho agente había tenido un crecimiento exponencial, frente al de los meses anteriores; agregó que los agentes comerciales adquieren equipos con la empresa para vender, como extensión de lo que hacen con la compañía, por lo que ese aliado había adquirido un sobre cupo más allá de las posibilidades económicas que tenía.

Relató que esta situación generó una mora con la compañía por esos equipos, asimismo, que el informe de fraude se centró en los meses de junio y julio de 2019. Que la situación se generó por una falta de control al agente comercial, pues continuó adquiriendo equipos más allá del cupo y del cubrimiento de las pólizas que tenía con la demandada. De esa forma, lo que se determinó es que había sido una falta de control tanto de la Gerencia Regional de Agentes que estaba en cabeza del actor, como también del jefe de la zona encargado del agente comercial.

Precisó que dicho jefe también fue llamado a responder por esa situación; que el proceso disciplinario se inició en noviembre de 2019, que el primer informe les llegó en agosto de 2019 y sobre el mismo solicitaron validaciones a las



áreas de Cartera y Contratos, y el informe final les fue enviado hacia el 15 o 19 de octubre de 2019.

Indicó que las funciones de los cargos están cargadas en la intranet corporativa y todos los colaboradores tienen acceso a esa herramienta, allí hay varios ítems y uno de ellos que lleva a las funciones, además tienen otras herramientas como la denominada *Success Factors*, en donde está toda la historia laboral de cada colaborador.

Que una de las funciones del actor como Gerente Canal Agentes Centro, en su labor gerencial consiste en tener el conocimiento de los roles a su cargo, en este caso de los Agentes Comerciales, que es el cargo puntual, y son necesarios los informes de otras áreas que es lo que compete completamente al cargo gerencial. Que si un área no enviaba el reporte correspondiente el demandante tenía el deber y la potestad de solicitar informes frente a las diferentes áreas con las que tenga competencias. Que, frente a lo ocurrido en los meses de junio y julio de 2019, y según lo reportado por Control Fraude, debió pedir reportes al área de cartera.

Que el actor pudo prever lo que pasó en junio y julio de 2019, de acuerdo con los informes del área de control fraude a través de los comités y además existía una persona que estaba encargada de los agentes comerciales, en específico de ACAMOVIL, quien era un subordinado directo del gestor y además pudo solicitar informes del área de Cartera, ya podía ser evidente para él como gerente el crecimiento anormal de este agente comercial, lo que debió reportar a la Dirección de la Regional frente a lo que estaba ocurriendo en ese agente para tomar las medidas a tiempo.

Al referirse sobre la pregunta número veinte del acta de descargos, frente al sobre stop de los meses de junio y julio de 2019 en la que se mencionó una falla en el sistema, dijo que en la validación que habían efectuado, se vieron involucradas otras personas, entre ellas un subordinado del demandante,



señor ALBERTO ESPITIA, quien dijo que había existido una falla en el sistema en su momento y que por eso no se pudo evidenciar el sobre stop, lo cual no se pudo comprobar si había existido dicha falla.

Que las pólizas que se constituyen con los agentes comerciales sirven para garantizar cualquier eventualidad que surja entre estos y la compañía, la cual se constituye sobre el cupo que tienen. Sobre la validación biométrica señaló que no está a cargo del actor o del señor ALBERTO ESPITIA, pero cuando se adquiere el equipo o los servicios, se hace para validar que se trata de la persona que está solicitando el servicio; sin embargo, frente a la situación que no se estuviera legalizando esos contratos con el cliente por parte del agente frente a la compañía, es decir, que no se conociera que equipos vendió el agente, eso sí le correspondía al actor y al señor ALBERTO ESPITIA, ya que se trata de los agentes que tienen a su cargo y son los informes que se deben brindar a la compañía.

Que existe un manual de procedimiento de legalización de contratos físico o archivo de los equipos vendidos que deba realizar el distribuidor, y que no conoce los soportes de documentación de venta que este debe presentar.

A su vez, el testigo ALBERTO ENRIQUE ESPITIA PLAZAS dijo que laboró para la demandada y que tenía un proceso en curso por los mismos hechos, por lo que fue tachado de sospecha; además precisó que el promotor fue su jefe directo hacia junio y julio de 2019, al ser el Gerente Regional.

Sobre las funciones de dicho cargo, narró que el Gerente Regional debía incrementar las ventas, asistir a reuniones con las Jefaturas y a través de estas se coordinaban las estrategias comerciales con los distribuidores o agentes comerciales. Por su parte, él como Jefe Regional era nuevo, pues inició en mayo y comenzó a ejercer en junio o julio, y primero tenía que buscar las personas que le iban a colaborar para atender las necesidades de los distribuidores o



agentes comerciales, que él tenía una zona asignada que era Meta, y el gerente se ocupaba de Meta, Casanare, Guaviare.

Respecto al agente comercial ACAMOVIL de Acacias Meta, dijo que lo tenía asignado, pero precisó que se trataba de un tercero, respecto del cual no tenía mando, que no tenía un manual de funciones y la orden era incrementar las ventas. Señaló que las asignaciones de equipos se hacen de manera automática, de acuerdo al cupo del distribuidor comercial el cual responde con una garantía y seguros que tiene con CLARO y que, para el momento de los hechos, se presentaron unas fallas en el sistema, lo que ocasionó que el cupo quedara abierto, además el área de Logística se encarga de despachar los equipos, por ende, no pasa por el Gerente o el Jefe, y el distribuidor directamente hace los pedidos.

Indicó que él en su momento envió un correo al Gerente informándole el cupo abierto de ese agente y que muchos de los distribuidores tenían la misma dificultad. Reiteró que sin que él pasara la carta o correo a la gerencia, el mismo CLARO se dio cuenta, por los controles que realizaba, precisando que el cupo se va liberando automáticamente apenas se venden equipos, los que no pasaban por sus manos. Preciso que el correo lo envió al actor y que tenía la preocupación por los distribuidores bloqueados, pues no les dejaban pedir y tampoco el sistema estaba actualizado; que no recuerda cuando envió el correo.

Señaló que existía un área encargada de la legalización y que logística se encargaba de hacer los pedidos a los agentes, destacando que CLARO exige una garantía a los agentes representada en un bien inmueble y la otra exigencia son unos seguros. Sobre la carta que le presentó al demandante, dijo que allí manifestaba su preocupación por las exigencias las cuales eran permanentes sobre el cumplimiento de las cuotas de ventas.

Que el informe del área de prevención del fraude pasó directamente a ACAMOVIL un correo solicitando información por los equipos y como no respondió les pidieron que ellos intervinieran. Indicó que el gerente tenía la potestad de pedir informes, pero las áreas funcionaban sin la presencia de éste y su contacto con las áreas era con la Dirección en Bogotá.

Añadió que el manual de funciones estaba en proceso de consolidarse, y que a él le pasó lo mismo, ya que las funciones eran genéricas, que no le consta si le llegaron las funciones al actor.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que en el plenario reposa la solicitud de cierre del agente comercial ACAMOVIL, respuesta y propuesta remitida por el citado agente comercial, y comunicación del actor con explicaciones sobre el caso, citación a diligencia de descargos dirigida al actor de fecha 14 de noviembre de 2019 y acta de diligencia de descargos de 15 de noviembre del mismo año. (Fls. 64 a 84 y 85 a 88 archivo 07).

Igualmente, yace descripción del perfil de cargo de Gerente Canal Agentes y perfil del cargo, documento que valga la pena destacar no fue desconocido ni tachado de falso por la parte actora. (Fls. 61 a 63 archivo 07 y archivo 08). Documentos que valga la pena destacar señala como objetivo general del cargo *“Controlar y planear las actividades comerciales del canal de ventas de Agentes, de acuerdo con las políticas y parámetros establecidos por la compañía con el fin de lograr los objetivos establecidos para el área de acuerdo a la dirección de la región de la unidad de negocio personas”*.

Igualmente, dicho documento señala en el acápite de descripción de las funciones principales del cargo, lo siguiente:

1. *Ejecutar el Presupuesto anual de la región y Proponer ajustes. Orientar y Organizar el área a cargo para conseguir el cumplimiento de las ventas y el posicionamiento de la región y el canal.*

2. *Aplicar, coordinar y controlar los procesos y políticas de la compañía y de las personas a su cargo para garantizar el cumplimiento de las mismas en su gerencia con el fin de estar alineados con los parámetros establecidos por la compañía.*
3. *Coordinar y controlar las actividades de los Comercial canales ventas para conseguir desarrollar las estrategias de venta en los canales comerciales con los plazos y Presupuestos establecidos.*
4. *Realizar la gestión comercial necesaria para conseguir los objetivos de venta, nuevos Distribuidores y apertura de puntos de Venta. Responsabilidad del manejo y de la red maestra de puntos de venta y su permanente actualización.*
5. *Desarrollar los proyectos y tareas que la Dirección de la región le solicite siempre tendientes a mejorar el desarrollo de los canales de ventas.*
6. *Gestionar frente a las demás áreas de la compañía, los temas que sean necesarios para el logro de los objetivos de la Gerencia y sus canales comerciales.*
7. *Dar Cumplimiento a las directrices establecidas por la empresa en LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN Y RELACIONAMIENTO CON PROVEEDORES, garantizando ejercer su responsabilidad como ADMINISTRADOR DE CONTRATOS en la gestión (Precontractual, Contractual y Poscontractual), control, aseguramiento y calidad de los contratos comerciales a cargo; así mismo garantizaran que su actuar y el de la totalidad del personal del área bajo su cargo, no afecte la autonomía técnica, administrativa y financiera del contratista para la prestación del servicio contratado, con el fin de no desvirtuar la naturaleza eminentemente comercial de dicho contrato, dentro del marco de la citada POLITICA DE CONTRATACIÓN Y RELACIONAMIENTO CON PROVEEDORES y de la normatividad Comercial y Laboral Vigente.*

Bajo ese escenario, vale la pena destacar que para el análisis de la finalización del contrato de trabajo aquí analizado, se tuvo en cuenta lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del C.S.T., y que contempla como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.*

Significa esto, que la disposición normativa en comento, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justa causas para la

terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que la segunda se circunscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Bajo esta óptica, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sí se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

En esa medida, la ley permite que la conducta calificada como falta grave en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, enmarcada en las causales previstas en la norma, genere como sanción por parte del empleador la terminación del contrato por justa causa, si las partes pactan expresamente que una falta es grave, o si así lo estipula el empleador en el reglamento, por lo que la justicia del trabajo no está habilitada para comprobar si ello es así o no, según se dijo en sentencia SL2267-2022.

De esa forma, huelga recordar que, en consonancia con lo anterior, el empleador accionado igualmente trajo a colación en la carta de despido, el numeral 5º del artículo 42 y el literal d) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, que señalan:

*“Artículo 42: Son obligaciones especiales del Trabajador (a):
(...)*

“5. Comunicar oportunamente a la Empresa las observaciones que estime conducentes para evitarle daños y perjuicios. así como cualquier acto inmoral, delictuoso o de mala fe a la Empresa.”

(...)

“Artículo 48: Constituyen faltas graves:

(...)

“d) Cualquier violación grave por parte del Trabajador (a) de los deberes y obligaciones legales contractuales o reglamentarias.” (Fls. 104 a 122 archivo 07).

Así entonces, advierte la Sala que la causal endilgada por el empleador según lo normado en el numerales 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., se ajusta a un despido justo por la ocurrencia de una falta calificada como grave por las partes, la que a su vez se acompasa con lo expuesto en el numeral 5º del artículo 58 del CST, el cual igualmente se indicó en la carta de terminación atrás referida.

Del análisis del caudal probatorio antes mencionado, se encuentra que desde el 1º de abril de 2019, calenda en la que el gestor fue promovido al cargo de Gerente Regional Agentes, según el otrosí complementario a la comunicación de cambio de cargo, se comprometió a verificar sus funciones en la intranet, así:

“CLÁUSULA PRIMERA.CAMBIO DE CARGO. Las partes de común acuerdo reconocen y aceptan que EL TRABAJADOR actualmente desempeña el cargo de Gerente Integral, y que a partir del día 1 de Abril 2019 ocupará el cargo de Gerente Regional Agentes, advirtiéndolo que sus funciones y responsabilidades se encuentran contenidas en la descripción del cargo y perfil que se encuentra publicado en la intranet corporativa, y que es su obligación consultarlas y leerlas en su totalidad para la ejecución de las labores propias de su cargo.” (Subrayado por la Sala).

De cara a lo anterior, es claro que el demandante no podía alegar que no tenía funciones para desempeñar su cargo o que las desconocía, ya que desde la referida fecha sabía a donde podía consultarlas, lo que por demás era obligatorio en su caso, aunado a que en la diligencia de descargos acepto que tenía acceso a la intranet, como se observa en tal documento.



Adicionalmente, de las funciones descritas previamente, es claro que el promotor, además de ejecutar el presupuesto anual de la región, debía coordinar y controlar los procesos y políticas de la compañía y las personas a su cargo para garantizar el cumplimiento de las metas, además, debía coordinar y controlar las actividades de los Comerciales y canales de ventas, y debía gestionar frente a las demás áreas de la compañía los temas que fueran necesarios para el logro de los objetivos de su Gerencia y sus canales comerciales.

Lo que significa para este Juez Colegiado que, si existe nexo de causalidad entre las faltas que se le endilgan al actor y sus funciones, contrario a sostenido en la alzada, sin que sea excusa que se encontraba en una fase de entrenamiento, o que o existían o no funciones específicas para su cargo, máxime si se tiene en cuenta que no era nuevo en la compañía y venía desempeñando labores gerenciales en el área de ventas desde el año 2016, asimismo, nótese que su labor al estar relacionada con las ventas y los agentes comerciales, implicaba que debía estar pendiente de los movimientos de éstos, pues de ello en parte dependían sus resultados y la ejecución de las metas del área que dirigía.

Luego, el hecho de que no haya llevado a cabo las gestiones necesarias para advertir a su empleador sobre las supuestas fallas que se estaban presentando en los sistemas con los movimientos de los Agentes Comerciales a su cargo, como lo expuso el testigo ALBERTO ESPITIA y en especial lo atinente al agente ACAMOVIL y el sobre cupo en el cual estaba incurriendo, no son de recibo; dado que resulta incongruente que si sabía que se estaban afectando las ventas con esas fallas, como lo dijo dicho testigo, no haya tomado las medidas del caso, como lo era pedir los informes a las áreas pertinentes a efectos de constatar tales falencias y llevar a cabo los planes de mejora a que hubiera lugar, lo cual como viene de verse era una de las funciones a su cargo, aunado a que precisamente como se pudo corroborar de los testimonios recaudados se llevaban a cabo reuniones todas las semanas para tratar temas relacionados con los Distribuidores o Agentes Comerciales, sin que se pudiera comprobar

cuando el actor y el testigo ALBERTO ESPITIA informaron tales falencias en los sistemas a la demandada, lo cual confirmó la testigo SILVIA RIAÑO.

De otro lado, cabe memorar frente a la manifestación la activa en su apelación de que el Juez de instancia dio mayor valor a las manifestaciones de la testigo SILVIA RIAÑO, que el operado judicial está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal frente a prueba alguna, más aún, cuando la declaración de esta testigo fue espontánea y consistente con los hechos aquí debatidos, sin que en nada infiera el hecho de que perteneciera al área de relaciones laborales y no al área comercial, ya que precisamente a razón de sus funciones, brota palmario que debe tener un conocimiento integral de las demás áreas de la empresa demandada, lo que *per se* de modo alguno implica que deba conocerlas a la minucia, pero si tener claridad sobre los procesos de cada una y además dio razones valederas sobre lo que se entendía por crecimiento exponencial del agente comercial cuestionado, contrario a lo sostenido por la impugnante.

Ahora bien, frente a las posibles falencias que se presentaron en la legalización de documentos en las ventas que llevó a cabo el agente ACAMOVIL, debe indicarse que si bien el actor dijo en su interrogatorio que hacía parte del proceso de ventas que no llegan con todos los contratos físicos, lo cual coligió el testigo ALBERTO ESPITIA, y que llegaban a otras áreas como Activaciones; lo cierto es, que en un actuar diligente de parte del gestor hubiese pedido informes a efectos de verificar cuales ventas eran prepago y cuales post pago, a fin de contrastar si se asemejaban a la cantidad de ventas que podían llevarse a cabo sin tales documentos; además, el citado agente corroboró que habían inconvenientes con el diligenciamiento de contratos según la comunicación que dirigió a la demandada el 23 de agosto de 2019, lo que conllevó a propusiera fórmulas de pago a la pasiva, frente a las inconsistencias detectadas para los meses de junio y julio de 2019, sin que se pueda evidenciar que la fuentes de riego la generó el empleador como lo señala el apelante. (Fl. 74 a 74 y 75 a 77 archivo 07).



En este punto, debe destacarse la Sala que, si bien en los hechos que dieron lugar al despido del gestor, podían intervenir otras áreas, lo cierto es, que lo que se le achaca, es su actuar poco diligente frente al seguimiento y control frente a una situación que le podía ocasionar daños o perjuicios a su empleador, de la cual tuvo conocimiento sin que llevara a cabo las gestiones del caso para ponerla en evidencia a tiempo. Deviene de lo anterior, la falta al cumplimiento de las obligaciones del trabajador, lo que ocasionó que la conducta de éste, no se ajustara a los intereses del empleador, dado su actuar negligente, hecho que conllevó a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por falta grave.

Tales motivos son los que llevan a esta Corporación a concluir que la terminación del contrato de trabajo del demandante con justa causa se encuentra ajustada a derecho.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de



\$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 32 2019 00465 02**

Demandante: YOVANNA PATRICIA GONZÁLEZ

Demandado: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO
“SERVICOPAVA”
COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA
“COOPAVA”

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YOVANNA PATRICIA GONZÁLEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA Y COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA “COOPAVA”, con la finalidad que se declare que entre la accionante y AVIANCA S.A. existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 1º de agosto de 2001 y el 15 de noviembre de 2018, fungiendo COOPAVA como simple intermediaria entre el 1º de julio de



2004 y el 1º de julio de 2004 y SERVICOPAVA entre el 1º de julio de 2004 y el 31 de julio de 2012; siendo la vinculación con AVIANCA S.A. entre el 1º de agosto de 2012 y el 15 de noviembre de 2018, a la continuidad del único contrato de trabajo.

En consecuencia, se condene solidariamente a las accionadas de manera principal al reintegro y pago de acreencias dejadas de solucionar, en razón a la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; cesantías y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías en los periodos del 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012; reliquidación y pago de los aportes pensionales teniendo en cuenta la totalidad del ingreso percibido por el demandante durante el periodo del 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012; la indexación, intereses moratorios y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria pretende el pago de la indemnización por despido sin justa causa, acorde a lo establecido en el Plan Voluntario de la Compañía; cesantías y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías en los periodos del 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012; las sumas ilegalmente descontadas por SERVICOPAVA por concepto de cuota de admisión, cuotas mensuales equivalentes al 5% del valor de su salario durante toda su relación laboral, y por concepto de “*aportes sociales*”, descontados de manera ilegal; reliquidación y pago de los aportes pensionales teniendo en cuenta la totalidad el ingreso percibido por el demandante durante el periodo del 1º de agosto de 2001 al 31 de julio de 2012; indexación, intereses moratorios y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que prestó servicios personales en favor de AVIANCA S.A. y a través de la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA “COOPAVA” entre el 1º de agosto de 2001, desempeñando el cargo denominado Secretaria del Departamento Comercial Deprisa, siendo



posteriormente ascendida al empleo denominado Profesional de Inspección y Control de Deprisa; que el salario pactado ascendió a la suma de \$671.594, así como un auxilio de alimentación mensual por valor de \$65.000; que el 15 de diciembre de 2001 le fue asignado el cargo de Auxiliar de Operaciones de Deprisa y en el mes de mayo de 2002, fue promovida al cargo de Analista de Control Interno de la Unidad de Negocios de Deprisa; finalmente desempeñó el cargo de Profesional de Inspección y Control Área Deprisa, exigiéndose que renunciara el 28 de junio de 2004, ello con el propósito de ser vinculada a través de SERVICOPAVA.

Que el 1º de julio de 2004 suscribió un Convenio de Asociación con la CTA SERVICOPAVA, para continuar prestando los servicios personales a AVIANCA S.A., en el cargo de Profesional de Inspección y Control en el Área de Deprisa, devengando \$1.284.253 y un auxilio de alimentación mensual por valor de \$69.000, descontándose la cuota de admisión y los aportes sociales; a partir del 1º de septiembre de 2009, ocupa el empleo de Analista de Auditoria; que le eran solucionadas compensaciones extraordinarias, las cuales se redujeron ante el incremento salarial del año 2000; que era beneficiaria junto con su núcleo familiar de los tiquetes ofrecidos a los empleados de AVIANCA S.A. y por solicitud directa de dicha sociedad debió presentar carta de renuncia el 31 de julio de 2012, época para la cual devengaba \$2.669.009, un auxilio extralegal de alimentación por valor de \$145.371, un auxilio de transporte cooperativo extraordinario por valor de \$139.969.00 y estímulos cooperativos por valor de \$145.371.

Que se formalizó su vinculación con AVIANCA S.A. al suscribir contrato de trabajo el 24 de julio de 2012, con fecha de ingreso del 1º de agosto de 2012, para ocupar el cargo de Analista de Aseguramiento y Control de la Gerencia Financiera y de Gestión estratégica de AVIANCA S.A., siendo las mismas funciones; que fue desmejorada salarialmente, al pactarse la suma de \$2.409.681; que desde el año 2010 padecía de múltiples deficiencias en su salud como lesión del nervio ciático derecho, síndrome de Sjögren, hipotiroidismo, migraña, hernia discal, gastritis, escoliosis y colon irritable, así

como que tuvo un embarazo de alto riesgo, a pesar de lo cual fue despedida sin justa causa el 15 de noviembre de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AVIANCA S.A. contestó la demanda señalando que la demandante nunca fue contratada laboralmente para prestar servicios personales, por lo cual nunca fue trabajadora de la compañía para el periodo que se haya suscitado antes del 1º de agosto de 2012. Más aún cuando la accionante confiesa que la relación fue sostenida con COOPAVA y SERVICOPAVA, cuando bajo su responsabilidad, adelantó algunas labores en las instalaciones de AVIANCA S.A., pero alejadas del objeto principal de las actividades de esta y sin estar sujeta a subordinación.

De igual manera, que para la para la fecha de terminación de la relación laboral, la demandante no padecía de ninguna deficiencia en su estado de salud que afectara su capacidad laboral, no mediaban recomendaciones, restricciones, incapacidades vigentes ni calificación de PCL por las entidades de seguridad social.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago, necesidad de probar el nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante y la genérica o innominada.

SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, señalando que tuvo un contrato u oferta mercantil con AVIANCA S.A. en los términos de la Ley Cooperativa, para cubrir la totalidad de los procesos y sub procesos que no están contemplados dentro de la actividad misional, en las etapas productivas de dicha empresa. En desarrollo de la citada oferta mercantil y de la orden de compra de servicios, participó la demandante en la ejecución de dichos



procesos, convenio de asociación que estuvo vigente desde el 1º de julio de 2004, y se terminó por mutuo acuerdo el 31 de julio de 2012.

Propuso la excepción previa de prescripción y las de mérito de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica.

La accionada COOPAVA refirió inicialmente que cualquier tipo de derecho que eventualmente se declare en favor de la parte demandante con ocasión al contrato de trabajo celebrado entre el 1º de agosto de 2001 y el 30 de junio de 2004, se encuentra prescrito. De otra parte, que con la accionada existió un contrato de trabajo, fungiendo en calidad de único empleador, cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones.

Formuló como medio exceptivo previo el de prescripción, y los de mérito de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, necesidad de probar el nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante y prescripción, absolviendo en consecuencia a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión refirió que al plenario se aportaron las documentales que dieron cuenta de la existencia de las distintas vinculaciones que la accionante sostuvo con COOPAVA y SERVICOPAVA, así como con AVIANCA S.A., haciendo alusión a lo regulado por el artículo 34 del C.S.T. en lo atinente a la intermediación laboral y la solidaridad en el evento de contratar el cumplimiento de funciones misionales propias de la empresa. Así las cosas, AVIANCA S.A. tiene entre sus funciones el manejo de correo y servicio de carga, por ende, dicha oferta mercantil suscrita con COOPAVA y SERVICOPAVA es

contraria a derecho, por lo que eventualmente prosperarían las pretensiones de la demanda; no obstante, la vinculación con dichas accionadas operó entre el 1º de agosto de 2001 y el 1º de julio de 2004 y del 1º de julio de 2004 al 31 de julio de 2012, siendo presentada la demanda el 5 de julio de 2019, por lo cual transcurrió un término superior a tres años, operando el fenómeno prescriptivo.

En lo atinente al reintegro refirió que, si bien se acreditó la existencia de deficiencias de salud e incapacidades entre años 2016 y 2017, lo cierto es que para el año 2018 no se acreditó una debilidad manifiesta, más aún cuando la demandante confesó el encontrarse prestando el servicio con normalidad para la fecha de la terminación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante presentó recurso de apelación señalando que la excepción de prescripción no operó en tanto se deprecó la existencia de una única relación laboral, apartándose lo estimado por el *a-quo* frente a lo determinado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, más aún cuando en los periodos iniciales no se reclaman prestaciones sociales prescritas, sino aquellas acreencias laborales que con la terminación del contrato de trabajo se hacen exigibles, esto es, la indemnización por despido injusto y el auxilio de cesantías, así como aspectos imprescriptibles como aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Reiteró que AVIANCA S.A. fungió como verdadero empleador, siendo COOPAVA y SERVICOPAVA simples intermediarios.

Finalmente, que la accionante si ostentaba de la estabilidad laboral reforzada, ello en tanto no se debe tener en cuenta solo la fecha de la última incapacidad, sino las limitaciones y deficiencias físicas que se prolongaron en el tiempo y restringen la prestación del servicio. Por ende, se presume que el contrato finiquitó por el estado de salud de la trabajadora, siendo carga probatoria de la demandada acreditar que no medió discriminación en la desvinculación.



IV. CONSIDERACIONES:

1. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si entre los demandantes y la demandada AVIANCA S.A., se constituyó una única y verdadera relación laboral; de prosperar el contrato de trabajo, y atendiendo el recurso de apelación interpuesto, la Sala deberá abordar como segundo problema jurídico la procedencia de la condena de la reliquidación de la indemnización por despido injusto, y el pago de cesantías y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social. Finalmente, si resulta procedente el reintegro en virtud de la estabilidad laboral reforzada.

3. DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

De la misma, y acorde con el tema objeto de debate que concita la atención de la Sala, imperioso resulta traer a colación lo regulado en el artículo 34 del C.S.T., que señala sobre los contratistas independientes:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

En lo atinente al simple intermediario la norma indica:

ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan

los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral

Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y rígidos bajo una demanda flexible.

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

*Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de **cooperativas de trabajo asociado**, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.” (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, es de destacar que las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras,

contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015, ello en consonancia con lo referido en el artículo 70 de la Ley 79 de 1988.

El artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Bajo ese derrotero, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha dejado sentado que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también

una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

*“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal**” (Negrillas fuera de texto).*

Acorde con lo expuesto, y al descender al *sub-examine* se debe señalar en primera medida que, *a contrario sensu* de lo expuesto por el recurrente, el *a-quo* analizó lo atinente a la existencia del contrato de trabajo, refiriendo que las laborales desarrolladas por la trabajadora hacían parte de la misión de AVIANCA S.A., por lo cual, no se ajustó a derecho la tercerización contractual con COOPAVA y SERVICOPAVA. Así las cosas, el argumento por el cual se absolvió a las accionadas consistió en la prescripción que declarara probada en tanto las vinculaciones con las referidas accionadas culminaron en un periodo mayor a 3 años antes de la presentación de la demanda.

Así las cosas, acota la Sala que no existió controversia en cuanto a la vinculación de la demandante con COOPAVA entre el 1º de agosto de 2001 y el 30 de junio de 2004 y con SERVICOPAVA entre el 1º de julio de 2004, y se terminó por mutuo acuerdo el 31 de julio de 2012, ejecutando como funciones las atinentes al proceso misional de envío de mensajería, lo cual se desprende de las ofertas mercantiles con COOPAVA (Fl. 727 PDF Demanda) y SERVICOPAVA (Fl. 714 PDF Demanda), así como de lo expuesto en interrogativo de parte de los representante legales de las accionadas como la prueba testimonial recabada, proceso que se encuentra establecido como del objeto social de AVIANCA S.A. (Fl. 578 y 579 PDF Demandada), al referir el

Certificado de Existencia y Representación Legal *“La sociedad tiene por objeto: La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (ii) terrestre; en todas sus ramas” [...] “Mediante inscripción número 297.631 de 09/11/2015 se registré el acto administrativo número 75 de 19/08/2004 expedido por Ministerio de Transporte que lo habilita para prestar el servicio público de transporte terrestre automotor en la modalidad de carga”.*

Así las cosas, se advierte que en efecto entre el 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012, la accionante prestó sus servicios personales en beneficio de AVIANCA S.A., sin que haya mediado solución de continuidad, formalizándose su vinculación al suscribir contrato de trabajo con AVIANCA S.A. el 1º de agosto de 2012 (Fl. 552 PDF Demanda), sin que además, por pasiva se haya desvirtuado la presunción de subordinación consagrada en el artículo 24 del C.S.T., misma que no se desvirtúa con las ofertas mercantiles o el contrato de comodato.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL2944-2022, Radicado No. 65938 del 2 de marzo de 2022, señaló:

“Así, luego de analizar la decisión cuestionada, la Sala considera que la autoridad accionada sí incurrió en los defectos endilgados y lesivos de las garantías fundamentales que el promotor señaló en el escrito inaugural.

“En esa dirección, lo primero que se advierte es que el Colegiado de instancia citó y expuso de forma correcta el alcance de la presunción que el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo consagra. Sin embargo, desconoció y omitió su aplicación práctica en el caso en concreto, toda vez que, por una parte, coligió que existió una prestación del servicio «como fuente un acuerdo cooperativo», pero por otro lado, destacó que el representante legal de Servicopava en su interrogatorio de parte indicó que «el proceso desarrollado por el accionante se llamaba “asistencia en tierra” y consistía en bajar y subir los equipajes a la bodega del avión, y en algunas ocasiones hacer limpieza a la cabina» para Avianca S.A.

“Así, en lugar de analizar si la empresa demandada desvirtuó el elemento subordinante de la relación laboral, sustrajo a la sociedad en cita de la carga procesal que le incumbía.

En ese contexto, se evidencia que el ejercicio que realizó el ad quem desconoció el precedente de esta Corte sobre el correcto entendimiento de la subordinación como elemento del contrato de trabajo. Al respecto, en sentencia CSJ SL3108-2020, entre otras, esta Corte destacó:

Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adocinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

“De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.

“[...]

*De igual forma y sobre la misma declaración testimonial, se advierte que el Tribunal encausado no realizó ningún análisis sobre la labor que desempeñó el demandante y el objeto social de la empresa demandada, pues a juicio de la Sala, **desde una inferencia lógica razonable es posible entender que la carga y descarga de equipaje, así como el alistamiento de aviones son actividades directamente ligadas con el giro ordinario de los negocios y el objeto social que desarrolla una empresa que se dedica al transporte aéreo de pasajeros, de carga y de servicio postal, como lo es Avianca S.A.***

En este punto, nótese que así lo señala el artículo 1800 del Código de Comercio colombiano que prevé que: «se entiende por personal aeronáutico aquellas personas que, a bordo de las aeronaves o en tierra, cumplen funciones vinculadas directamente a la técnica de la navegación aérea».

Por otra parte, es oportuno señalar que el ad quem convocado, aunque citó lo consignado en aquel interrogatorio de parte, a través del cual el representante legal de Servicopava también «afirmó que el actor prestó sus servicios asociativos a esa CTA y su puesto de labor estaba en la empresa cliente Avianca, quien le suministró todos los elementos de trabajo mediante un contrato de comodato» (subrayado por fuera del texto); no se pronunció sobre la incidencia que esta declaración tenía con el fin de esclarecer la autonomía e independencia de la cooperativa con respecto al uso de los bienes otorgados a través de la figura de comodato.

“Lo anterior cobra relevancia, debido a que en sentencias CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 30605, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018 esta Sala fijó su postura sobre este asunto y expresó que cuando se demuestra que las cooperativas o trabajadores asociados no

son dueños de los medios de laborales de producción, tal elemento es sin duda un elemento indicativo del carácter aparente del vínculo de trabajo que encubre la pretensión empresarial de deslaborizar el personal de una empresa usuaria a través de una entidad que carece de estructura propia y autonomía en su gestión administrativa y financiera.

En ese orden de ideas, tal como lo refirió el *a-quo* la contratación con COOPAVA y SERVICOPAVA no se ajustó a derecho, y por ende AVIANCA S.A. fungió como verdadero empleador entre el 1º de agosto de 2011 y el 15 de noviembre de 2018, cuando la accionada dio por terminado el contrato de trabajo (Fl. 558 PDF Demanda).

4. PRESCRIPCIÓN:

Tal como se refirió en precedencia, al *a-quo* consideró configurara la excepción de prescripción, en tanto las vinculaciones con COOPAVA y SERVICOPAVA culminaron el 30 de junio de 2004 y el 31 de julio de 2012, no obstante, acota la Sala que al pretenderse la declaratoria de un único contrato de trabajo, la pretensión podía deprecarse hasta tres años siguientes a la finalización del vínculo laboral en su integridad, lo cual aconteció el 15 de noviembre de 2018, resultando irrelevantes las aparentes terminaciones de las vinculaciones en los años 2004 y 2012, en tanto solo se constituyeron en una ficción que pretendía desnaturalizar el contrato de trabajo con AVIANCA S.A.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en segunda instancia la competencia se radica por las inconformidades del apelante, se tiene que las acreencias cuyo estudio se refirió no fueron afectadas por el fenómeno prescriptivo, se hicieron consistir en la reliquidación de la indemnización por despido injusto, y el pago del auxilio de cesantías y aportes al Sistema General de Seguridad Social del 1º de agosto de 2001 al 31 de julio de 2012.

Ahora, teniendo en cuenta que también fue objeto de alzada el reintegro, se procederá inicialmente a su estudio.

5. DE LA ESTABILIDAD LABORAL DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997:

En torno al problema jurídico planteado, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

“[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e

integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

“Y añadió, que tales preceptos, además,

“[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

“Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

“[...] Ley 82 de 1988 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”; [...]; Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”; Ley 762 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”; [...]; *Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997.”; Ley 1346 de 2009 “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”; y la ley estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.*

“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad

y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

“De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

“[...] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.”

Adicionalmente, la Alta Corporación señaló en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

“[...] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento

*médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, **sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%** (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).*

*“En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral, solo aquella relevante**; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

“Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

“En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

*“En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una **condición de discapacidad relevante**, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

En tal sentido, se debe señalar que el contrato de trabajo feneció el 15 de noviembre de 2018, por ende, por activa se debía acreditar que para dicha data la accionante ostentaba una condición de discapacidad relevante, esto es, que implicarán restricciones laborales significativas, con el fin de activar la presunción que el despido obedeció a un motivo discriminatorio.

Pese a lo anterior, tal como lo refirió el *a-quo* e incluso lo acepta el apelante, las incapacidades datan de años anteriores al del despido, aunado a ello la



accionante confesó que padecía de dolores pese a lo cual cumplió con las obligaciones laborales, lo cual no es dable estimarlo como factible ante la existencia de condiciones de salud que generan restricciones laborales, más aún cuando, se reitera, no se habían otorgado incapacidades durante el año 2018.

En ese orden de ideas, si bien se documenta en la historia clínica que padece de diversas patologías, no existe prueba que permita establecer de manera fehaciente que, para el 15 de noviembre de 2018, se encontrara ante una discapacidad relevante, por lo cual se mantendrá incólume la absolución frente a la pretensión de reintegro.

6. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO:

No existe controversia en cuanto al hecho que el contrato de trabajo culminó el 15 de noviembre de 2018 por decisión unilateral e injustificada de AVIANCA S.A., lo cual además se corrobora con la misiva de despido (Fl. 754 PDF Demanda).

De igual manera se aportó la liquidación definitiva del contrato de trabajo, en el cual se incluyó la indemnización por despido injusto por valor de \$10.787.384, siendo el último salario la suma de \$3.484.710.

Ahora bien, el artículo 64 del C.S.T. estipula que en los contratos a término indefinido la indemnización se pagará para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales y que tuvieran más de un (1) año de servicio continuo, en un total de veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos y proporcionalmente por fracción.

Así las cosas, la accionante laboró entre el 1º de agosto de 2001 y el 15 de noviembre de 2018, para lo cual le corresponde la siguiente indemnización:



Inicio	Finalización	Años	Días
1 de Agosto de 2001	31 de Julio de 2002	1	30
1 de Agosto de 2002	31 de Julio de 2018	16	320
1 de Agosto de 2018	15 de Noviembre de 2018	0.319	6,38
TOTAL			356,38

Así las cosas, la indemnización asciende a \$41.396.031, y una vez descontado el monto solucionado, la condena asciende al valor de \$30.608.647.

7. AUXILIO DE CESANTÍA:

Se pretendió por activa el pago del auxilio de cesantías causado en los periodos del 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012, esto es, durante el tiempo que la vinculación se tercerizó con COOPAVA y SERVICOPAVA.

Ahora bien, frente a la primera vinculación se debe acotar que con COOPAVA la accionante suscribió contrato de trabajo, y se acreditó la afiliación al fondo de cesantía, confesando incluso la accionante que radicó trámite de retiro parcial de cesantías, por lo cual se absolverá de esta pretensión entre el 1º de agosto de 2001 y el 30 de junio de 2004.

En lo que respecta a la vinculación con SERVICOPAVA entre el 1º de julio de 2004 y el 31 de julio de 2012, se tiene que se formuló por pasiva la excepción de compensación, la cual es viable conforme se ha expuesto en sentencias SL902-2020 Radicación No. 60958 de 9 de marzo de 2020 y SL3436-2021 con Radicación No. 81830 de 16 de junio de 2021, allegándose las documentales que dan cuenta del pago de compensaciones anuales, siendo reconocido su pago por la accionante así como las compensaciones definitivas en el año 2012, por lo cual se absolverá de esta pretensión.

8. APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL:

De igual manera, se pretendió por activa el pago del auxilio de cesantías causado en los periodos del 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012, esto



es, durante el tiempo que la vinculación se tercerizó con COOPAVA y SERVICOPAVA.

Frente a lo cual se aportó el pago de aportes por parte de COOPAVA (Fls. 1445 y siguientes PDF Demanda); así como por SERVICOPAVA (Fls. 1280 y siguientes PDF Demanda), motivo por el cual no se accederá a este pedimento.

Finalmente, se debe acotar que, tal como lo reseñó el *a-quo* y no lo discrepa el apelante, las restantes prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012, se encuentra afectadas por el fenómeno prescriptivo, por lo cual no es dable emitir condena alguna por los restantes pedimentos, atinentes a sanción por la no consignación del auxilio de cesantías en los periodos del 1º de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2012; sumas descontadas por la CTA o el carácter salarial de pago verificados en dicho interregno.

Como corolario de lo anterior, se recoverá la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las accionadas, las de primera instancia corren a cargo de las accionadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** que entra la demandante YOVANNA PATRICIA GONZÁLEZ y AVIANCA S.A., existió como medio vinculante un contrato de trabajo vigente entre el 1º de agosto de 2001 y el 15 de noviembre de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a AVIANCA S.A. y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA y la COOPERATIVA DE



TRABAJADORES DE AVIANCA “COOPAVA”, a solucionar a la señora YOVANNA PATRICIA GONZÁLEZ, la suma de \$30.608.647, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, monto que deberá solucionar debidamente indexado.

TERCERO: ABSOLVER a las accionadas de las restantes pretensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de prescripción y compensación.

QUINTO: CONDENAR en costas de primera instancia a las demandadas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las accionadas. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, para cada una de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 33 2021 00353 01
Demandante: GLADYS ESCANDÓN FIERRO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado HENRY DARÍO MACHADO GUALDRÓN, identificado con cédula de ciudadanía 77.091.125 y T.P. 248.528 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 1º de marzo del 2023 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora GLADYS ESCANDÓN FIERRO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al fondo de pensiones privado, en razón de que esa administradora no cumplió a cabalidad con el deber de información.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se ordene a PORVENIR S.A. realice los trámites pertinentes para retornarla a COLPENSIONES, junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y así como las cuotas de administración debidamente indexadas; asimismo, solicita que ordene a COLPENSIONES que convalide las sumas que reciba de parte de PORVENIR S.A., se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 9 de enero de 1967 y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 27 años; además, expuso que efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales - I.S.S., en donde alcanzó un total de 280 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida.

Añadió que se vinculó a PORVENIR S.A. el 1º de diciembre de 2000, sin que le informara sobre las características del sistema de pensiones, los requisitos para obtener una pensión, la forma liquidar la misma, las consecuencias que le implicaría la vinculación a ese régimen, aunado a que tampoco se efectuó un comparativo de las condiciones, servicios y requisitos de ambos regímenes pensionales.

Refirió que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 54 años, y que solicitó a las demandas la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue denegado por las encartadas. (Fls. 1 a 13 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la actora al RAIS a través de esa administradora es completamente válido ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho cuando lo que se alega es un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento, además, no se allega prueba alguna que dé lugar a la nulidad o ineficacia del traslado.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 6)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no se aportó prueba alguna que permita demostrar que a la gestora se le indujo al error o a algún vicio del consentimiento, del mismo modo, adujo que no se evidencia protesto o anotación de inconformidad por parte de la demandante en relación a su afiliación, por el contrario conforme a la documentación obrante en el plenario se concluye que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, adicionalmente, la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen establecida en la Ley 797 del 2003.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de marzo del 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada a la señora GLADYS ESCANDÓN FIERRO identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.151.648, afiliada el 31 de octubre de 2000 a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARA que GLADYS ESCANDÓN FIERRO actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de GLADYS ESCANDÓN FIERRO a COLPENSIONES, junto con intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora GLADYS ESCANDÓN FIERRO al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados por seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a que acuda a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Agencias en derecho DOS (02) SMLMV para cada una de las accionadas y en favor de la parte demandante.”

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención a la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, los artículos 13, 64 y 114 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 15 del Decreto 656 del 1994 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar a la accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional, por lo que no era viable el argumento de que la parte actora debía conocer la Ley 100 de 1993 para suplir la obligación de consentimiento informado radicado en cabeza de la AFP.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado de la demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de la reunión realizada entre los asesores de PORVENIR S.A. y la actora. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero, no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación.

Al analizar el interrogatorio de parte practicado a la demandante, manifestó que no se le proporcionó información relacionada con los requisitos de pensión en uno y otro régimen, lo referente a los bonos pensionales, los rendimientos financieros, lo atinente a sus beneficiarios, entre otros. Por lo tanto, no hubo una confesión de parte de la actora que dé cuenta que PORVENIR S.A. cumplió con su obligación de suministrar la información necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* considera que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, en consecuencia, dispuso la devolución los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a pensión de garantita mínima, cuotas de administración y demás emolumentos generados durante la afiliación de la demandante y la afiliación al régimen de prima media de la actora. Argumentando que en este caso es inaplicable la doctrina de las restituciones mutuas pues no son pensionados y no adeudan sumas al fondo privado, de la misma forma, declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su oposición a la sentencia de instancia aduciendo que la AFP dio cabal cumplimiento a las cargas legales exigidas para el momento del traslado, la cual gozaba de plena validez de acuerdo con el formulario de afiliación suscrito, por lo que no podía rechazar la voluntad de afiliación de la actora, aunado a que no medio objeción alguna de parte de esta. De la misma forma, alegó que el formulario de afiliación era el medio idóneo para expresar la voluntad de traslado por lo que no puede ser considerado como un mero requisito formal sin ninguna consecuencia.

Explicó que administró de manera diligente la cuenta de ahorro individual de la actora, luego solo se debe rembolsar a COLPENSIONES los rendimientos que hubiesen podido tener los aportes de la demandante de haber permanecido en esa administradora. En lo referente a restituir los gastos de administración y sumas por seguros previsionales indexados, dijo que son descuentos que efectúa por mandato legal, por ende, sobre el particular deben reconocerse las restituciones mutuas. A su vez, precisó respecto a la indexación ordenada en la sentencia de instancia, que los rendimientos financieros generados satisfacen a cabalidad la actualización del poder adquisitivo de las cotizaciones de la actora y permiten a COLPENSIONES asumir eventuales contingencias al momento de asumir un reconocimiento pensional.

Entre tanto, COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, aduciendo que el formulario de afiliación es prueba de la aceptación espontánea, libre, expresa e informada de cada afiliado de trasladarse de régimen. Añadió, que la carga de la prueba no debe recaer exclusivamente en la AFP en razón de que la normativa aplicable para los años 1994 al 2016 no exigía documentación adicional al formulario de afiliación, el cual certificaba tanto la intención del afiliado de pertenecer en el régimen de ahorro individual como el cumplimiento del deber de información de la AFP, también arguyó que existió una interpretación errónea del artículo 1604 del C.C. y la falta de exigencia probatoria en cabeza de la demandante, concluyendo que PORVENIR S.A. cumplió con su carga de la prueba al aportar el formulario de afiliación.

Seguidamente, añadió que la declaratoria de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera, ya que la prohibición legal de traslado de régimen a menos de diez años de la edad de pensión, lo que busca es proteger el fondo común que administra COLPENSIONES para pagar las prestaciones pensionales de las personas que si han cotizado en este régimen, por lo que no es factible que la demandante, quien estuvo cotizando por más de 20 años a otra entidad, sea beneficiaria de las garantías del régimen de prima media. Finalmente, en cuanto a la condena en costas, solicita se revoque en el entendido que es un tercero ajeno que no tuvo injerencia en el negocio celebrado entre la demandante y PORVENIR S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 31 de octubre del 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de diciembre del 2000, según el reporte SIAFP. (Folios 26 y 137 archivo 6). Formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, la demandante GLADYS ESCANDÓN FIERRO en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que para el año 2000 se encontraba laborando como docente y que a su lugar de trabajo llegaron dos asesores de PORVENIR S.A., quienes les contaron las bondades del fondo y posteriormente suscribieron el formulario de afiliación, refirió que les dijeron que se iban a recibir una mesada más alta, que se podían pensionar de manera anticipada, y que el ISS se iba a extinguir y los aportes realizados se perderían, por lo que en ese fondo tendrían una garantía. Señaló que la reunión fue muy corta y no se le dio más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar



	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales PORVENIR S.A. manifiesta su disenso, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:



“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, a *contrario sensu* de lo sostenido por PORVENIR S.A. en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera a la cual COLPENSIONES hace alusión en su apelación, al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por

omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, lo que evidencia que los argumentos de COLPENSIONES al respecto, no gozan de prosperidad.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia

SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo*, frente a la condena por indexación por los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.



COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de marzo del 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : 1100131050 37 2021 00019 01
Demandante: ISABEL ROA LESEMES
Demandado: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ISABEL ROA LESMES promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., a fin de declararse que en su calidad de madre de su hijo JUAN CAMILO MORENO ROA (q.e.p.d.), le asiste derecho a que PORVENIR S.A. le reconozca pensión de sobrevivientes desde la fecha de su deceso, ocurrido el 29 de junio de 2019.

Por consiguientes, se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo JUAN CAMILO MORENO ROA a partir del 29 de junio de 2019, fecha del deceso y en lo sucesivo de manera vitalicia, junto con el pago del retroactivo pensional respecto de las mesadas causadas desde el 29 de junio de 2019 y hasta la fecha



de inclusión en nómina, indexación, intereses moratorios en los términos estatuidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, se condene a la encartada a pagar la prestación por sobrevivencia sobre 14 mesadas pensionales al año y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que JUAN CAMILO MORENO ROA (q.e.p.d.), nació el 7 de septiembre de 1994, persona quien falleció el 29 de junio de 2019 por ser víctima de un intento de hurto.

Que el fallecido JUAN CAMILO MORENO ROA cotizó ante la encartada PORVENIR S.A. más de 50 semanas durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, esto es, por el periodo comprendido entre el 29 de junio de 2016 y el 29 de junio de 2019, a tal punto que durante toda su vida laboral efectuó un total de cotizaciones de 223 semanas.

Refirió que el causante era el proveedor económico de su hogar, el cual estaba conformado por el fallecido y ella como madre del mismo, quien era soltero y sin unión marital de hecho, ni hijos.

Que en la actualidad ella como demandante tiene vínculo matrimonial vigente con el señor VÍCTOR HUGO MORENO RIVERA, con quien se procrearon dos hijos incluidos el causante; no obstante, con el cónyuge no convive desde aproximadamente ocho años anteriores al deceso de su hijo.

Por último, enunció que a pesar de que solicitó el derecho pensional, la encartada PORVENIR S.A. lo negó.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



PORVENIR S.A. contestó la demanda arguyendo que el causante dejó causadas 145 semanas durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Asimismo, indicó que la demandante en calidad de madre del causante no demostró la dependencia económica requerida, de allí que se hubiese negado el reconocimiento pensional aquí deprecado.

Formuló como medios exceptivos denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, compensación, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de agosto de 2022 declaró que la demandante señora ISABEL ROA LESMES es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de madre con ocasión del deceso de JUAN CAMILO MOREO ROA, a partir del día siguiente de su deceso, esto es, 30 de junio de 2019, con una mesada pensional equivalente a un S.M.L.M.V.

Por consiguiente, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer a la demandante por concepto de retroactivo pensional causado desde el 30 de junio de 2019 hasta el 31 de agosto de 2022, sin perjuicio de los que se causen con posterioridad, la suma de \$37.420.967, valor que deberá reconocerse de manera indexada desde la causación de cada mesada pensional y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación, autorizando a la entidad descontar los aportes a salud. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones y dispuso declarar no probados los medios exceptivos por ésta.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó en primer lugar que, el reconocimiento pensional aquí deprecado se estructura a partir de la norma vigente al momento del fallecimiento del causante, por lo que



atendiendo que el señor JUAN CAMILO MORENO ROA falleció el 29 de junio de 2019, el estudio pensional debe abordarse a la luz de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

En tal sentido, adujo que de conformidad con lo estatuido en el numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pueden ser beneficiarios de la prestación los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando éste hubiese cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, adicional a que, para el asunto de marras se acreditó al plenario la calidad de afiliado del fallecido señor JUAN CAMILO MORENO ROA ante la encartada PORVENIR S.A. desde el 5 de febrero de 2013.

Que en lo que concierne a las 50 semanas inmediatamente anteriores al deceso, el *a-quo* expuso que según se acredita con la historia laboral, el señor JUAN CAMILO MORENO ROA por el periodo comprendido entre el 29 de junio de 2016 y el 29 de junio de 2019 dejó causadas un total de 163.15 semanas, por lo que dejó causado el requisito de semanas y que por demás no fue objeto de debate.

Por ello, se adentró al análisis del requisito preceptuado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, referenciando que a falta de cónyuge, compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de él, indicando que según postulados emanados por la Corte Constitucional, esa Corporación declaró inexecutable la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en forma absoluta y total para con los padres, entendiéndose dicha dependencia como una falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la prestación de sobrevivientes suministrarse para así misma su propia subsistencia, tópico que por demás se acompasa con postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



Que por tal razón, del caudal probatorio acreditado al plenario, en efecto se pudo constatar la convivencia de madre e hijo que tenía la aquí demandante para con el causante, al igual que está demostrado que la actora dependió en vida de su hijo fallecido, aparte de que este suministró una ayuda económica significativa para su subsistencia hasta el momento de su fallecimiento, como quiera que no se acreditó la solvencia económica de la demandante en la medida que tan sólo generaba ingresos esporádicos, lo que implica que el aporte de su hijo resultara plenamente relevante para el resguardo de sus subsistencia; circunstancia por la cual, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de junio de 2019 equivalente a un S.M.L.M.V.

A su vez, expuso que el derecho pensional deprecado no se encuentra cobijado por el fenómeno prescriptivo toda vez que no operó el término trienal sobre el retroactivo declarado.

En lo que atañe al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, concluyó que la negativa de la prestación por parte de PORVENIR S.A. surgió con ocasión de un acto objetivo como fue el hecho de una previa investigación administrativa, por lo que dispuso la absolución respecto de este concepto, pero determinando que el retroactivo debía otorgarse de manera indexada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que una vez adelantados los trámites pertinentes llevados a cabo con la finalidad de auscultar el reconocimiento pensional de la aquí demandante con ocasión al fallecimiento de su hijo JUAN CAMILO MOREO ROA, primeramente, se realizó una investigación sobre los bienes de la actora, así como a los restantes medios probatorios allegados por ésta en su momento cuando radicó la solicitud de reconocimiento pensional.



Lo anterior, conllevó a que se lograra determinar que la demandante no logró acreditar el requisito de dependencia económica respecto de su hijo fallecido en los términos de que tarta el literal d) de la Ley 797 de 2003, pues de la investigación adelantada como entidad el 25 de octubre de 2019, no se logró probar la solvencia del hijo que permitiera determinar que existiesen los recursos económicos suficientes para darle un apoyo determinante a su madre, tanto así que el causante tan solo percibía un S.M.L.M.V., monto que únicamente servía para solventar las necesidades personales propias del fallecido.

De otro lado, expuso que la sociedad conyugal de la demandante con el señor VÍCTOR HUGO MORENO RIVERA, ambos padres del causante, se mantenía vigente, por lo que no se puede desconocer que como pareja existía una obligación de alimentos entre ellos, y partiendo de la obligación de socorro y ayuda mutua que existe entre cónyuges o compañeros permanentes, palmario resulta que no concurría dependencia económica de la actora con relación al afiliado fallecido; tan es así, que la demandante recibía el 50% del canon de arrendamiento de un inmueble que tenían en propiedad con el cónyuge señor VÍCTOR HUGO, sumado a que la señora ISABEL ROA LESMES tiene otra hija quien también le colabora económicamente como así lo confesó la misma en el interrogatorio de parte practicado, aspectos todos por los que no resulta de asidero considerar que dependiera únicamente de la ayuda económica del fallecido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si a la aquí demandante señora ISABEL ROA LESMES, en calidad de madre del fallecido afiliado JUAN CAMILO MORENO ROA (q.e.p.d.), le asiste derecho al reconocimiento pensional por sobrevivencia aquí deprecado.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

_ Que JUAN CAMILO MORENO ROA nació el 7 de septiembre de 1994 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía y el Registro Civil de Defunción (Fls. 22 a 24 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

_ Que según da cuenta la mentada copia del registro civil de nacimiento de JUAN CAMILO MORENO ROA, la aquí demandante señora ISABEL ROA LESMES es su madre, situación que por demás no fue desconocida por la encartada PORVENIR S.A.

_ Que JUAN CAMILO MORENO ROA cotizó en toda su vida al sistema de seguridad social en pensiones un total de 224 semanas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la encartada PORVENIR S.A., según se advierte de la respectiva historia laboral allegada por ésta última 8Fls. 16 a 19 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Puestas así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que para el presente evento, por haber fallecido JUAN CAMILO MORENO ROA el 29 de junio de 2019, el presente

asunto debe analizarse bajo la égida de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron el artículo 74 de Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación que, para el análisis de la prestación por sobrevivencia bajo la égida del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO. *Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.”*

Es por ello, que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, numeral 1º reguló:

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”

A su turno, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el especialísimo caso del análisis prestacional por sobrevivencia de padres respecto con ocasión del fallecimiento de sus hijos determinó:

“ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“[...]

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”.

Primeramente, precisa la Sala que el causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ falleció el 29 de junio de 2019, y según se refleja de su historia laboral, durante los 3 años inmediatamente anteriores al deceso, esto es, entre



el 29 de junio de 2016 y el 29 de junio de 2019, cotizó un aproximado de 145.86 semanas, cumpliéndose así con el primer requisito pensional.

En lo que atañe al requisito de la dependencia económica, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha adoctrinado que, para acceder a la pensión de sobrevivientes, la dependencia económica de los padres no tiene que ser total y absoluta para con el hijo fallecido, como quiera que pueden recibir ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, siempre y cuando esto no los convierta en autosuficientes.

Para mayor entendimiento, la Alta Corporación en sentencia SL3797-2022, Radicación No. 87736 del 1º de noviembre de 2022, refirió lo siguiente:

“En efecto, el raciocinio del juez plural se fundó en el entendimiento que dio esta Sala al concepto de dependencia económica, pues en su labor interpretativa principalmente coligió que la colaboración del de cujus se mostró oportuna, continua y suficiente, de forma tal que fue determinante para la subsistencia digna de su progenitora.

Entonces, contrario a lo que afirma la censura, el ad quem no dio a entender que el requisito en mención se derivaba de una simple ayuda del causante en favor de Liliana María Buriticá Bedoya.

Precisamente, la Corte Constitucional explicó que el concepto dependencia económica es distinto a la simple colaboración, ayuda o contribución que los hijos pueden otorgar a sus padres, pues, a partir de su significado obvio, supone «la necesidad de una persona del auxilio o protección de otra», de modo que los beneficiarios de dicha prestación tienen que encontrarse subordinados o supeditados al ingreso que les brindaba el de cujus para salvaguardar sus condiciones existenciales (CC C111-2006).

Asimismo, esta Sala adoctrinó que la contribución financiera del hijo hacia los padres no tiene que ser total o absoluta, en la medida que los ingresos que aquellos perciben por su propio trabajo o los recursos que posean pueden resultar insuficientes para satisfacer sus necesidades, pero que sí debían ser «constante[s] y permanente[s]» y, además, contribuir a sobrellevar las cargas o gastos familiares, es decir, que sean considerables o significativos (CSJ SL, 4 dic. 2008, rad. 30385).

En ese sentido, esta colegiatura ha reiterado el criterio de la subordinación económica parcial siempre que el auxilio otorgado por el afiliado a sus progenitores sea cierto, periódico o constante y significativo, de manera que, ante la muerte del afiliado, se pongan en riesgo sus condiciones de vida digna (CSJ SL14539-2016).

Esta Sala de la Corte también ha sostenido que la subordinación financiera implica que los ingresos que puedan percibir los padres no los conviertan en autosuficientes monetariamente, y precisó que aquella solo puede ser definida y establecida en cada caso concreto (CSJ SL12185-2016)."

Tal entendimiento también se puede confrontar en sentencias SL3724-2022, Radicación No. 88289 del 25 de octubre de 2022, SL3746-2022, Radicación No. 92393 del 25 de octubre de 2022, SL-3667-2022, Radicación No. 89281 del 19 de octubre de 2022, SL371-2023. Radicación No. 91896 del 28 de febrero de 2023, SL358-2023, Radicación No. 94750 del 1º de marzo de 2023, entre otras.

Así las cosas, en el transcurrir del trámite procesal, se practicó de manera oficiosa por el operador de instancia interrogatorio de parte a la demandante señora ISABEL ROA LESMES, quien manifestó que su hijo fallecido JUAN CAMILO MORENO ROA empezó a laborar aproximadamente a los 20 años, y la socorría en todos los aspectos. Refirió que tiene otra hija, la cual se casó y tiene un núcleo familiar a parte de ella desde el año 2011 aproximadamente, por lo que siempre convivió con su hijo.

Que su otra hija es mayor al fallecido JUAN CAMILO MORENO ROA, enfatizando que el apoyo suministrado por su hija consistía en alimentación y servicios, resaltando también que en los primeros años vivía en un apartamento con su cónyuge señor VÍCTOR HUGO MORENO RIVERA, pero cuando se separó de este último que fue en el año 2012, era su hijo quien le colaboraba con el arriendo y era la única persona con quien convivía, reiterando que su hija mayor ya tenía su hogar.

Que el salario de su hijo no era significativo, por lo que debía laborar en una lavandería, siendo ínfimo el monto que percibía a razón de dicha labor. Expuso



que luego de separarse, su ex cónyuge no le colaboró económicamente, puntualizando que al momento del fallecimiento de su hijo ni su ex esposo ni su hija la socorrían económicamente.

Que su hijo ganaba un S.M.L.M.V., pero en razón a que percibía horas extras y otros emolumentos, devengaba un salario mensual sobre un promedio de \$1.400.000, puntualizando que los gastos del hogar consistían en arriendos, servicios, alimentación, médicos, entre otros aspectos, exponiendo a su vez que lo aportado por el fallecido en el hogar ascendía regularmente entre \$800.000 y \$900.000 mensuales. Que ella presenta patologías de hipotiroidismo, hígado poliquístico, osteoporosis, gastritis aguda, entre otras.

Referenció que las cosas esporádicas que realiza para adquirir ingresos consisten en el cuidado de niños, acompaña a una señora anciana al médico y prestaba servicios en una lavandería, teniendo un promedio neto mensual aproximado de \$300.000. Que era beneficiaria en salud del fallecido JUAN CAMILO MORENO ROA.

Que para los gastos fúnebres de su hijo les colaboró la empresa donde este laboraba y se venía pagando en el servicio del gas un auxilio funerario. Que ella adquirió con su cónyuge señor VÍCTOR HUGO MORENO RIVERA un apartamento, el cual se encuentra arrendado con un canon mensual de \$600.000 de los cuales a ella le corresponde la suma de \$300.000 mensuales.

Expuso que sus padres le dejaron una herencia y con ocasión de ello una casa ubicada en La Mesa Cundinamarca, en copropiedad con sus 10 hermanos, a lo cual se acordó notarialmente que ella fuese la que se consignara como propietaria del bien en aras de poder efectuar las diligencias legales correspondientes.

La testigo NOHORA MILLÁN DE ZORNOSA indicó que conoce a la demandante desde el año 2000, llevando una amistad entrañable, de allí que también hubiese conocido al hijo fallecido de la actora JUAN CAMILO MORENO ROA.

Que conoció a la actora porque asistían a una iglesia, tanto así que producto de esa amistad la demandante se fue a vivir a un apartamento ubicado en el Barrio Castilla en el mismo conjunto residencial aproximadamente en el año 2016.

Que la demandante vivía con su hijo, último quien le colaboraba económicamente porque prácticamente ella no trabaja. Expuso tener conocimiento que la separación de la demandante con su esposo se dio desde aproximadamente el año 2012, y que cuando la actora se separó se fue a vivir con sus dos hijos.

Refirió constarle que era el hijo quien le aportaba económicamente para el pago de servicios y otros aspectos, por lo que expuso que a su juicio el fallecido JUAN CAMILO MORENO ROA era quien suplía los gastos del núcleo familiar y, en lo que respecta a la otra hija de la demandante, adujo que tal vez no ayudaba económicamente como quiera que tiene una hija y sus gastos son significativos.

No le consta si la demandante hubiese prestado el servicio en alguna actividad formal o remunerativa. Que el arriendo en donde vive la demandante asciende a un promedio de \$1.200.000 o \$1.500.000 y para la época en que empezó a habitar el canon de arrendamiento oscilaba entre los \$900.000, arguyendo que en su concepto el hijo era quien la apoyaba económicamente, y en caso de que su hija le colaborara esa ayuda no era relevante.

Que el hijo de la fallecida no tenía cónyuge ni hijos y trabajaba en una empresa de instalación de cables y teléfonos. Que en algún momento la demandante le comentó que tenía un acuerdo monetario con su ex esposo, por lo que éste le hacía llegar algún dinero, pero sin saber producto de qué era la entrega del mismo.

El testigo WEIMAR MARTÍNEZ CALDERÓN indicó que conoció a la demandante señora ISABEL ROA LESMES aproximadamente en el año 2007 o 2008 como quiera que era amigo de su hijo fallecido JUAN CAMILO MORENO



ROA, por lo que manifestó que frecuentaba el hogar y por ende conocía a la familia. Que con su amigo y fallecido desde el 2008 hasta mediados de 2012 o 2013 compartían 3 o 4 días a la semana.

Que en repetidas ocasiones vio que el causante entregaba dinero a su madre a efectos de pagar servicios públicos, predicando a su vez que incluso JUAN CAMILO MORENO ROA dejaba de salir a departir con sus amigos por cuanto debía que suplir necesidades propias y del hogar que se componía por su madre.

Adujo que el fallecido siempre ayudaba en lo concerniente a la alimentación, pago de servicios, ayuda con pasajes a la demandante para trasladarse al médico, tanto así que vio en algunas ocasiones que le daba dinero a su madre para lo respectivo. Que la demandante tiene una hija quien no hace parte del núcleo familiar desde el año 2011 como quiera que hizo su hogar ya que tiene una niña pequeña, quien regresó en el año 2017 aproximadamente por problemas con la pareja, por lo que tuvo que hacerse cargo de todos los gastos de su pequeña hija.

Recuerda que la demandante trabajó por días en una lavandería hasta el año 2012 o 2013 aproximadamente, siendo una labor informal y sin prestaciones, así como que también hacía cerámicas para vender, reiterando la ayuda económica que en todo momento le brindó el fallecido a su madre y aquí demandante señora ISABEL ROA LESMES.

Expuso que para el momento del fallecimiento de JUAN CAMILO MORENO ROA ganaba un salario mínimo, trabajaba con la moto y le pagaban rodamiento, lo que constituía un total de más o menos \$1.300.000 o \$1.400.000, y en ocasiones laboraba los fines de semana para aumentar su salario. Que la actora y el fallecido vivían en arriendo en el Barrio Catilla, dando fe de que el causante colaboraba con el canon de arrendamiento porque en ocasiones lo acompañaba a retirar dinero para tal efecto o veía cuando le suministraba el dinero a su madre.



El testigo JOSÉ IGNACIO TOVAR IBARRA manifestó que conoce a la demandante desde el año 2001 como quiera que él como declarante estudió con su hijo JUAN CAMILO MORENO ROA. Por tal razón, adujo que estudió con el fallecido desde el año 2001 y se graduaron en el año 2011, persona quien inició a laborar desde el año 2012 y hacerse cargo del hogar.

Que en el 2017 aproximadamente JUAN CAMILO se fue a vivir al Barrio Castilla, pero a pesar de ello él como amigo del causante lo seguía visitando, indicando que desde que conoció a JUAN CAMILO siempre vivió junto a su madre. Que para el año 2017 la demandante vivía con su hijo fallecido y su hija, última sobre la que precisó recordar que posteriormente convivió con su cónyuge.

Que recuerda que la demandante en ocasiones trabajaba en una lavandería, y cree que la demandante desarrollaba actividades relacionadas con manualidades. Cree que el inmueble donde vivía el causante y la actora antes del 2017 y que se encontraba ubicado en Bosa era tanto del padre de JUAN CAMILO como de la madre.

Mencionó que el apartamento donde vivía el causante para el año 2019 en que falleció era arrendado y tiene entendido que JUAN CAMILO costeara parte de dicho arriendo, así como lo referente a alimentación, servicios, vestuario, entre otros, constándole esto porque lo vio de manera presencial. No le consta si el padre de JUAN CAMILO colaboró en el hogar compuesto por este y la demandante, y tiene entendido que el padre de JUAN CAMILO vivía en Bucaramanga y que era transportador.

Aunado a lo anterior, fueron aportadas las declaraciones extraproceso de NOHORA MILLÁN DE ZORNOSA, WEIMAR MARTÍNEZ CALDERÓN y JOSÉ IGNACIO TOVAR VARGAS, mismas personas traídas a juicio por la parte demandante como testigos, quienes en términos generales manifestaron tener pleno conocimiento que el causante JUAN CAMILO MORENO ROA vivió con su madre y aquí demandante señora ISABEL ROA LESMES, así como que era el fallecido quien con ocasión de su trabajo suplía las necesidades del hogar



compuesto entre la madre y el hijo (Fls. 31 a 33, 34 y 35 a 37 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Atendiendo lo hasta aquí expuesto, la Sala puede colegir que el derecho por sobrevivencia reconocido en primera instancia habrá de confirmarse. Nótese que conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las declaraciones brindadas por los señores WEIMAR MARTÍNEZ CALDERÓN y JOSÉ IGNACIO TOVAR IBARRA, ambos amigos de infancia del causante JUAN CAMILO MORENO ROA, fueron contestes en indicar que el causante desde aproximadamente el año 2012 cuando se graduó del colegio inició su vida laboral, lo que conllevó a que tuviese ingresos económicos los cuales aportaba para el núcleo familiar que se componía por él y su madre.

Además, refirieron en forma congruente que, con ocasión del trabajo del causante, era por lo que éste suministraba en gran parte el aspecto económico para con su madre la señora ISABEL ROA LESMES como lo era el pago de recibos, cancelaciones de cánones de arrendamientos e incluso situaciones derivadas de la propia salud de la actora, última de quien expusieron que en algún momento desarrollaba cierto tipo de actividades económicas de carácter transitorio.

Sostuvieron que si bien la madre y aquí demandante del causante tenía una hija, fueron enfáticos en destacar que la misma de una parte, tuvo un hogar ajeno al del fallecido y la señora ISABEL ROA LESMES y, de otra, que con ocasión a que esa hija tenía una niña pequeña no se encontraba en forma permanente e ininterrumpida en el hogar de la actora, por lo que siempre era el causante quien se encargara del trato directo y a su vez económico de socorro de su madre y el núcleo familiar que los ataba.

Lo expuesto hasta aquí también guarda congruencia con lo señalado por la declarante NOHORA MILLÁN DE ZORNOSA, la cual expuso conocer tanto al causante como a la demandante desde el año 2002 aproximadamente, deponiendo que el joven fallecido era quien suplía en su mayoría los gastos del

hogar, en la medida que la actora percibía muy pocos ingresos económicos a razón de algunas actividades que desarrollaba de manera esporádica, circunstancias todas por las que a juicio de la Sala, se constituye en el asunto de marras el requisito de la dependencia económica, la cual atendiendo los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede constituirse como total o absoluta del hijo respecto de la madre como así lo discute PORVENIR S.A. en el recurso de alzada, más aún si se tiene en cuenta que la actora se distanció como pareja del cónyuge VÍCTOR HUGO MORENO PARRA desde aproximadamente el año 2012, aspecto por lo que resulta de asidero concluir la necesidad del hijo JUAN CAMILO MORENO ROA de asistir en socorro y ayuda mutua para con la demandante en su calidad de madre.

Lo anterior, también implica que si bien la demandante confesó existir un bien inmueble en común con el señor VÍCTOR HUGO MORENO RIVERA cuando eran pareja y sobre el cual percibe a razón de canon de arrendamiento la suma de \$300.000 aproximadamente, incluso realizando otra clase de tareas informales a efectos de aumentar ingresos económicos, tal tópico no puede entenderse como un aspecto que se encuentre en contravía con la normatividad vigente para la falta de adquisición del derechos, pues al tenor de lo estatuido por el Órgano de cierre, la dependencia económica que se exige no significa que el beneficiario deba encontrarse en estado de mendicidad o indigencia, pues es el simple hecho de recibir ingresos de otras fuentes no la desvirtúa, en la medida que no puede entenderse como una persona autosuficiente.

Para mayor entendimiento, en sentencia SL358-2023, Radicación No. 94750 del 1º de marzo de 2023 enfatizó:

“En este punto, vale memorar que la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que tratándose de la pensión de sobrevivientes, si bien debe existir una relación de sujeción de los padres respecto de la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, no los convierta en autosuficientes en materia

económica (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014, CSJ SL6390-2016 y CSJ SL11155-2017).

Ello significa que la aludida dependencia económica exigida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en manera alguna impone que los progenitores se encuentren en un estado de pobreza absoluta o indigencia para acceder al derecho pensional. Por el contrario, se ha precisado que así tengan un ingreso o patrimonio propio, si no son autosuficientes y dependen de la ayuda económica del hijo, como quiera que la misma es significativa, permanente y constante, pueden acceder a la pensión de sobrevivientes.

Sobre este particular, es oportuno destacar que al tenor de la sentencia CC C-111-2006, a través de la cual se declaró la inexecutable de la expresión «total y absoluta», se acotó:

[...] si la finalidad de la pensión de sobrevivientes es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado, y por ende, evitar que el deceso implique un cambio sustancial en las condiciones mínimas de subsistencia de los beneficiarios, ello no descarta la posibilidad de que los padres puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo, de una actividad privada o de una pensión autónoma (v.gr. pensión de vejez o de invalidez), siempre y cuando éstas no los conviertan en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación material que da fundamento a la citada prestación.

Bajo ese contexto, la Corte ha explicado que la sujeción económica de los padres que pretenden el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, corresponde a una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, a fin de determinar si los ingresos que perciben los progenitores son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento y requerimientos fundamentales, pues de ser así no se da paso a la configuración del presupuesto legal indispensable para acceder a esta prestación pensional (CSJ SL650-2020, reiterada en la CSJ SL4509-2020)."

De otra parte, si bien PORVENIR S.A. acreditó con la contestación el informe investigativo rendido el 25 de octubre de 2019 por LEÓN & ASOCIADOS donde en términos generales se refirió no encontrar consulta de beneficiarios respecto del fallecimiento de JUAN CAMILO MORENO ROA por cuanto se pudo establecer que tanto el padre como la madre y aquí demandante percibían otros ingresos (Fls. 77 a 80 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA), sus argumentos se caen de peso teniendo en cuenta el análisis probatorio decantado en precedencia, adicional a que respecto del mentado informe no



yace prueba documental que advierta un soporte contundente sobre los argumentos allí contenidos; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

Por último, en lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por PORVENIR S.A., de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C. S. T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., la misma no goza con vocación de prosperidad sobre ninguna de las mesadas pensionales determinados por el operador de instancia, en la medida que el causante JUAN CAMILO MORENO ROA falleció el 29 de junio de 2019, por lo que la demandante elevó ante PORVENIR S.A. reclamación para el pago de la prestación por sobrevivencia el 7 de octubre de 2019, y al presentarse la demanda el 18 de enero de 2021 como da cuenta el Acta individual de reparto, se puede colegir con no operó el fenómeno trienal prescriptivo (Fls. 38 a 39 y 42 a 42 a 46 y 53 – PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA).

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

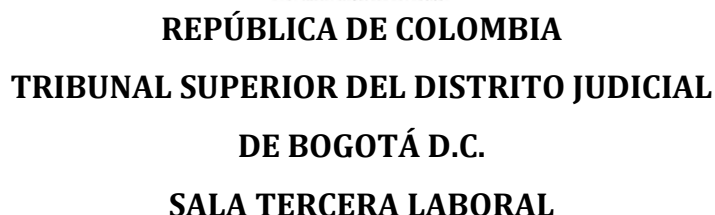
A large, complex handwritten signature in black ink, featuring many overlapping loops and a long horizontal stroke.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' and 'Z'.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Se reconoce personería para actuar en representación de ADRES a la abogada PAOLA ANDRES ROMERO CAMACHO, identiada con cédula de ciudadanía 07.456 y T.P. 210.774 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes, SANITAS EPS y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera, se desatará el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la parte demandada.

1



1.1 DE LA DEMANDA:

SANITAS EPS promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a fin que se declare la existencia de la obligación a cargo de la demanda de reconocer y asumir los costos, gastos o erogaciones incurridas por E.P.S. como resultado de la cobertura y suministro efectivo de los servicios no incluidos el Plan Obligatorio de Salud, POS (ahora PBS) y no cubiertos por la UPC, derivados de las órdenes judiciales proferidas en fallos de tutela y/o en atención a las autorizaciones emitidas por el entonces Comité Técnico Científico (CTC) de 355 ítems contenidos en 347 recobros, que asciende a la suma de \$44.723.763.

Se condene además a la accionada al reconocimiento y pago de los perjuicios en la modalidad de daño emergente en la suma de \$4.472.376, por concepto de los gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las tecnologías no incluidas en el POS, hoy PBS, monto que equivale al 10% del valor de las mismas, más los intereses moratorios, los que deberán ser liquidados desde la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro y la de pago efectivo de su importe, a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

En subsidio de los intereses moratorios, deprecia el pago indexado de las condenas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la EPS SANITAS S.A. autorizó y cubrió la prestación de 355 tecnologías en salud que no se encontraban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS- (hoy Plan de



Beneficios -PBS-, a diferentes usuarios, en cumplimiento de órdenes proferidas en fallos de tutela y/o por el Comité Técnico Científico.

Por resultar procedente, la EPS efectuó el pago de cada una de las facturas a las IPS reclamantes, ello en tanto los servicios no se encontraban incluidos en el POS, hoy PBS), procediendo por ende a presentar su recobro ante el administrador del encargo fiduciario del FOSYGA, cumpliendo la totalidad de los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico para el agotamiento de este procedimiento especial, no obstante, se glosaron los recobros reclamados.

Que por tratarse de glosas infundadas, la EPS a través del formato MYT04 las objetó, realizando las aclaraciones y/o correcciones respectivas frente a las presuntas fallas detectadas por la auditoría. No obstante, el Ministerio de Salud y Protección Social, representado por el Consorcio Administrador del FOSYGA, no tuvo en cuenta las objeciones presentadas.

Finalmente, que agotó la reclamación administrativa ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- el 25 de octubre de 2018.

El Juzgado de conocimiento declaró la falta de jurisdicción y competencia mediante auto del 28 de enero de 2019 (Fls. 183-184 PDF Cuaderno Físico), ordenando su remisión a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, suscitándose conflicto negativo de jurisdicciones por el Juzgado Cincuenta y Ocho Administrativo de Bogotá, en auto del 25 de abril de 2019 (Fls. 189-195), el que fue dirimido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en proveído del 31 de julio de 2019 (Fls. 11 a 43 PDF Cuaderno CSJ), asignando el conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- contestó la demanda señalando que por el hecho de haberse prestado las tecnologías de la salud por órdenes judiciales o por haber sido autorizadas por el CTC, implica que los recobros necesariamente sean NO POS, hoy NO PBS, más aún cuando la sentencia C-316 de 2008, dispone que los costos debe ser cubiertos por partes iguales por la EPS y el FOSYGA, hoy ADRES, por lo que la condena no podría exceder del 50%.

De otra parte, que las glosas se ajustan a derecho y no resulta procede el cobro de sumas de dinero a título de daño emergente o lucro cesante, así como el pago de gastos administrativos e intereses moratorios.

Propuso y sustentó la excepción previa de ineptitud sustancial de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, y las de mérito de prescripción, principio de integralidad, inexistencia de la obligación, de la existencia del hecho o culpa exclusiva de la EPS recobrante como causal exonerativa de responsabilidad, improcedencia del pago de intereses moratorios y la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil.

La EPS SANITAS S.A. presentó desistimiento parcial de la demanda, referida a 37 ítems que equivalen a la suma de \$ 4.534.581 (PDF Desistimiento Parcial); la que fuera admitida.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 7 de diciembre de 2022, condenó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a reconocer y pagar a la EPS SANITAS S.A. la suma de \$35.715.706 por concepto de servicios y tecnologías en salud infundadamente glosadas; así como al pago de intereses moratorios respecto de los recobros mencionados, y absolvió a la demandada de los restantes pedimentos.



Como sustento de su decisión señaló inicialmente que, ante el desistimiento de la parte demandante, el litigio se contrae a determinar 311 recobros contenidos en 318 ítems por valor de \$40.189.181, más perjuicios en valor del 10% de los reclamado e intereses moratorios, o en su defecto, la indexación.

Una vez determinado lo anterior, señaló que el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002 consagra que las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas y vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias; de igual manera, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, consagró la posibilidad de presentar glosas.

Señaló además que las glosas se enmarcaron en diferentes causales, como extemporaneidad, el medicamento no corresponde con el ordenado, no se anexa factura que conste al cancelación, los datos del usuario no corresponden, el usuario se reporta como fallecido, la Tecnología NO POS no fue prescrita por médico tratante, el acta del CTC no atienen la normativa vigente, no se aportan fallos de tutela, no se evidencia entrega del medicamento, la factura no contiene los elementos requeridos, y se presenta sobre tecnologías ya reconocidas por el FOSYGA, entre otras. Frente a tal aspecto, hizo énfasis en el dictamen pericial, para concluir que los medicamentos no se encontraban el POS, hoy PBS, y las glosas no se ajustaban a derecho, por lo que procedía el recobro frente a 306 ítems.

Respecto de las facturas 111069026, 111068818, 120580192, 121424265, 111069066, 111068825, 111068934, 124043459, 124043462, 1240433894, 124033578 y 120579293, no se aportaron imágenes, por lo cual los recobros carecen de soporte, lo cual imposibilita ordenar pago por valor total de \$1.304.226.



Refiere que el artículo 122 del Decreto 19 de 2002, señala que cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo; a su vez el artículo 13 del Decreto 281 de 2002, refiere que la caducidad opera en el término de 1 año, en igual sentido, se consagra que por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagara todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8º del artículo 136 del C. C.A., o en la norma que lo sustituya.

Así las cosas, concluyó que respecto de 35 ítems operó el término de caducidad, mismos que corresponden al valor de \$2.993.650. En lo atinente a la prescripción señaló que opera en el término de 3 años, por lo cual la factura número 124818186 por valor de \$175.600 se hizo exigible el 25 de marzo de 2011, siendo presentada hasta noviembre de 2016, por lo cual declaró probada la excepción antes referida.

Condenó además al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de presentación de la cuenta de cobro, lo cual además torna improcedente la indexación. En lo atinente al 10% deprecado por concepto de perjuicios, estimó que la falta de pago se resarce con los intereses de mora, más aún cuando no se acreditaron sobrecostos en la cuantía estimada por la activa.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante EPS SANITAS S.A. formuló recurso de alzada señalando que la caducidad se aplicó de manera errónea, en tanto las obligaciones prescriben en el término de 3 años, de conformidad con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., los cuales además corren desde que culminó el trámite de las glosas. Por ende, ninguno de los recobros se encuentran afectados, ni por caducidad ni por prescripción.

En lo atinente a los intereses moratorios, que dicha condena también debe operar respecto de las condenas que se emitan sin tener en cuenta la caducidad antes referida. Finalmente, que se debe revocar la absolución del pago de perjuicios en valor del 10%, los cuales corresponden a los gastos administrativos. Ello en tanto la EPS tuvo en detrimento patrimonial al prestar las tecnologías en salud no incluidos en el PBS.

La accionada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- interpuso recurso de alzada respecto de las condenas impuestas en primera instancia, aduciendo que el sistema general de seguridad social en salud, incorpora el principio de integralidad, por lo cual para efectos de recobros se debe tener en cuenta el trámite dispuesto para ello, evidenciándose que en la auditoría integral se estableció la procedencia de las glosas, acogiendo los reglamentos que se han expedido sobre la materia. En lo atinente a la prescripción, señaló que aplica respecto de todos los recobros, sin que además resulte procedente el pago de intereses, al no haberse cumplido por la EPS el trámite de radicación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse la procedencia de los recobros, intereses moratorios, perjuicios por gastos administrativos y lo atinente a la excepción de prescripción.

c. Del recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS:

Por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (artículo 48 C.P).

Asimismo, la Corte Constitucional determinó que la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.

De cara a lo indicado, la Ley 100 de 1993 se encargó del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, puntualizando que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozan de un régimen de beneficios enmarcados dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias a la



maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS, hoy PBS, recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados, para el caso del régimen subsidiado.

No obstante, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de tutela brindó la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los derechos fundamentales. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios no POS, hoy no PBS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad



Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS, hoy PBS, que fueren autorizados por los Comités Técnico-Científicos, y mediante la Resolución No. 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones Nos. 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente la Resolución 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, la Resolución 832 del 2013, mediante la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros, y la Resolución No 1479 del 2015 por la cual se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Debe acotarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075 del 19 de mayo de 2021:

“Para dilucidar lo anterior, es importante recordar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 218 dispuso la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, encargada de administrar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se maneja por encargo fiduciario, con el fin de lograr una atención sanitaria prioritaria y de calidad para aquellos que la requieren, sean contribuyentes o no.

“Así mismo, el artículo 219 ibidem, estructuró dicho fondo a partir de cuatro subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Fosyga fue sustituida en sus funciones por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, desde el 1 de agosto de 2017, conforme lo establecido en la Ley 1753 de 2015.

“Ahora bien, el derecho al recobro por beneficios extraordinarios surge por tratarse de un pago realizado por la EPS, al que no se encuentra obligada ni legal ni reglamentariamente, y que le acarrearía la falta de flujo en los recursos y, por ende, su afectación en la sostenibilidad financiera, ya que los dineros que recibe a título de Unidad de Pago por Capitación - UPC, que es el valor per cápita que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, deben destinarse exclusivamente a costear los servicios de ese plan (POS). Así, el Estado actúa como garante del goce efectivo del derecho a la salud, y es a quien le corresponde reembolsar los valores gastados por las EPS por conceptos ajenos al POS, con la finalidad de que se garantice la prestación ininterrumpida del servicio a sus afiliados y usuarios.

“El Decreto 1281 de 2002 emitido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 4 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001 y «Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación», en su artículo 1 señala lo siguiente:

“Artículo 1. Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos. Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para

que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.

“La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.(Subraya la Sala).

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la Ley 1281 del 2002 en su artículo 7º se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:

“[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fijó el trámite de las Glosas de la siguiente manera:

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

En ese orden de ideas, resulta palmario que, si la parte accionante cubrió tecnologías y servicios no incluidas en el POS, hoy PBS, tiene a su alcance accionar en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a efectos de deprecar el pago de los rubros que haya destinado a la cobertura antes mencionada.

Una vez determinado lo anterior se tiene que el *a-quo* fundamentó la absolución parcial de las pretensiones, en el hecho que por activa se acciona

un reconocimiento de perjuicios con posterioridad al vencimiento del término de caducidad que regula el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002 y los artículos 111 y 122 del Decreto Ley 019 de 2012.

Sobre el particular tales disposiciones establecen:

“DECRETO LEY 1281 DE 2002:

“Artículo 7º: TRÁMITE DE LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“DECRETO LEY 019 DE 2012:

“Artículo 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

“Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. 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.

*“PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagara todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, **siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.***

“[...]

“Artículo 122: Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.

“Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.

“Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo.



A juicio de la Sala dichas preceptivas en efecto resultan aplicables al reclamo administrativo que se surte ante el FOSYGA, actualmente ante el ADRES, más en manera alguna modifican o regulan el término prescriptivo que tal como lo ha establecido el Consejo de Estado es de tres (3) años al tratarse del recobro de facturas, tal como se analizará con posterioridad.

De otra parte, resulta evidente que el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002, establece como sanción por no radicar el recobro dentro de los seis (6) meses siguientes, que no haya lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, lo cual en manera alguna comprende el pago del recobro deprecado por los servicios no incluidos en el POS, hoy PBS, pues tal normativa no regula la pérdida o extinción de tal derecho, el cual, a diferencia de lo estimado por el *a-quo*, es dable deprecarlo bajo la figura de la indemnización de perjuicios a título de lucro cesante, pues en últimas se solicita la devolución de los dineros destinados a cubrir servicios de salud no cubiertos por el POS, hoy PBS, en virtud del cumplimiento de fallos de tutela o de actas del Comité Técnico Científico.

La Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004 señaló:

“73. Visto el artículo 13 del Decreto Ley núm. 1281 de 2002, sobre los términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga, el precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

“[...] 4.2 El análisis de los cargos por el supuesto desconocimiento de los objetivos fijados en la Ley de facultades en materia de eficiencia en la gestión de los recursos destinados al sistema de seguridad social en salud, así como por la supuesta vulneración de los artículos 48, 49 y 209 superiores.

“[...]

“Concretamente afirma que dicho artículo dilata el flujo de recursos necesarios para asumir el costo de la prestación de servicios de salud, al obligar a particulares y entidades públicas a someterse al trámite de procesos judiciales para obtener el pago de obligaciones que pueden ser

reconocidas directamente por la vía administrativa y que son exigibles por principio a través de este mecanismo, con lo que en vez de mejorarse el flujo de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, éstos terminarán destinados a actividades que no se relacionan con la prestación del servicio y con el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

“Al respecto la Corte llama la atención sobre el hecho de que el supuesto del que parte la actora solamente se dará si precisamente pasados seis meses desde i) la generación o ii) “establecimiento de la obligación de pago, o iii) de la ocurrencia del evento, según corresponda, no se ha acudido a la administración para efectuar el cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga.

“La norma obliga en efecto a efectuar las reclamaciones en el término señalado so pena, no de perder el derecho al pago de la obligación de que se trate -el cual podrá obtenerse en todo caso por vía judicial pasado dicho término- sino de la posibilidad de reclamarla por vía administrativa ante el Fosyga.

En ese orden de ideas, es claro que el hecho de radicar de manera extemporánea la solicitud de recobro, no apareja como consecuencia el desconocimiento de la obligación a cargo del FOSYGA, hoy ADRES, sino solo la imposibilidad de reclamarlas vía administrativa, motivo por el cual, de acreditarse el cumplimiento de los requisitos del recobro, es dable acceder a su pago vía judicial.

Una vez determinado lo anterior, se procede al estudio de las pretensiones contenidas en la demanda, debiéndose inicialmente y por efectos de la cantidad de facturas cuyo pago se depreca, analizar la excepción de prescripción.

d. Excepción de Prescripción:

Tal como se estableció con anterioridad, el recobro de los emolumentos por parte de la EPS prescribe en el término de tres (3) años. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, se consideró sobre la



naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

“La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

“Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.

De otra parte, se tiene que de conformidad con el artículo 6º ejusdem, la reclamación administrativa interrumpe el término prescriptivo.

Ahora bien, a efectos de establecer la fecha desde la cual la obligación se hace exigible, se tiene que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 2 de diciembre de 2021, Radicación No. 25000-23-24-000-2010-00225-01, señaló:

“93. En suma, el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, establece que las reclamaciones que deban atenderse con recursos de cualquiera de las subcuentas del FOSYGA, deben presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o a

*la ocurrencia del evento y, **tratándose de recobros por prestación de servicios médicos excluidos del POS, la obligación de pago a cargo del FOSYGA, surge una vez que la EPS, ARS o EOC ha pagado con recursos propios dicho servicio, por cuanto de lo contrario no hay lugar al reembolso.***

Así las cosas, la EPS tiene a su alcance iniciar la acción judicial una vez haya realizado el pago, lo cual la habilita para solicitar judicialmente el recobro.

Una vez determinado lo anterior, y de la revisión de la base de datos aportada al plenario, así como del dictamen pericial, se tiene que las Tecnologías en Salud asumidas por la EPS SANITAS S.A., corresponden al periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2011 y el 25 de mayo de 2017 (Fl. 12 PDF Dictamen Pericia Parte1).

De igual manera, la reclamación administrativa se efectuó el 25 de octubre de 2018 (Fl. 161 a 179 PDF CUADERNO FÍSICO), la cual interrumpe por una única vez el término prescriptivo, de tal manera que resulta evidente la configuración de la excepción de prescripción de los recobros de las tecnologías en salud prestadas con anterioridad al 25 de octubre de 2015.

En ese orden ideas, se encuentran prescritas las siguientes facturas:

Rad. FOSYGA	C.C.	Servicio	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servicio
124818186	22265676	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	175.600,00	25/03/2011
111068974	23171320	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	205.259,88	11/08/2011
111068818	9085434	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	179.060,00	24/01/2012
111068825	23171320	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	208.090,00	27/03/2012
111069066	23171320	DIOVAN® HCT COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	208.090,00	24/04/2012
111069026	23171320	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	207.490,00	2/08/2012
116034207	91341264	SYMBICORT TURBUHALER 320/9 UG DOSIS	188.500,00	12/06/2013
116038739	20613034	DIOVAN® HCT 160/25	219.320,00	7/01/2014



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

116038512	23271204	DIOVAN ® HCT COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	169.792,00	3/02/2014
116038584	1014197824	SYMBICORT ® TURBUHALER ® 320/9 UG DOSIS	183.000,00	26/03/2014
128002728	41509567	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	255.192,00	7/04/2014
124043459	27070770	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	14/11/2014
124043462	27070770	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	17/12/2014
124043894	27070770	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	14/03/2015
118755547	63286656	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	214.590,00	25/03/2015
117667625	6807647	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	6/04/2015
122012901	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	7/04/2015
121423418	56810	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	20/04/2015
121423418	56810	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	227.700,00	20/04/2015
121423414	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	190.900,00	23/04/2015
122014115	2728358	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	190.900,00	27/04/2015
122856794	23269470	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	126.960,00	4/05/2015
122047293	5397023	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	190.900,00	5/05/2015
122856785	1790773	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	7/05/2015
122856789	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	7/05/2015
122856797	20007667	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	134.360,00	23/05/2015
121423433	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	188.400,00	23/05/2015
122057330	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	110.400,00	23/05/2015
127497464	2728358	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	190.900,00	27/05/2015
122856817	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	134.360,00	2/06/2015
122057342	5397023	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	181.000,00	2/06/2015
122856820	23269470	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	4/06/2015
122856846	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	4/06/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

122057353	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	190.900,00	23/06/2015
119734569	21172877	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	429.780,00	25/06/2015
122013865	2728358	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	190.900,00	26/06/2015
122856834	20007667	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	27/06/2015
122014139	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	179.850,00	27/06/2015
122057862	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	154.290,00	8/07/2015
122856862	23269470	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	9/07/2015
121423482	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.800,00	13/07/2015
122013867	17035585	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.800,00	16/07/2015
122047322	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	44.820,00	17/07/2015
122047322	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	22.410,00	17/07/2015
122856868	20007667	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	18/07/2015
121423494	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.800,00	21/07/2015
122013868	2728358	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	185.900,00	25/07/2015
122057874	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	98.100,00	27/07/2015
127100684	28712305	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	28/07/2015
122990380	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	29/07/2015
122047326	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	60.248,00	29/07/2015
122047326	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	4.482,00	29/07/2015
124033578	91219234	DIOVAN®HCTCOMPRIMIDOSRECU BIERTOS	7.716,00	1/08/2015
122047330	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	127.696,00	5/08/2015
122047334	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	12/08/2015
122856917	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	120.420,00	13/08/2015
127098521	20028775	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	108.778,00	14/08/2015
127098521	20028775	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	152.850,00	14/08/2015



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

127099009	1000593944	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	15/08/2015
122014185	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	198.000,00	18/08/2015
122047338	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	19/08/2015
122856939	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	9.064,00	19/08/2015
122047339	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	62.748,00	20/08/2015
122047339	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	4.482,00	20/08/2015
122856936	23269470	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	126.960,00	21/08/2015
121423535	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	198.000,00	21/08/2015
127497465	2728358	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	198.000,00	25/08/2015
122856947	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	26/08/2015
122856964	20007667	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	28/08/2015
122985588	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	120.420,00	31/08/2015
122856977	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	134.360,00	2/09/2015
127099010	1000593944	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	5/09/2015
122047345	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	7/09/2015
122857000	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	16/09/2015
122047348	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	18/09/2015
122857004	20007667	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	19/09/2015
122047360	9058342	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	22/09/2015
122057462	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	86.910,00	22/09/2015
121423591	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	198.000,00	23/09/2015
122014204	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	198.000,00	23/09/2015
127497466	2728358	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	198.000,00	24/09/2015
127099012	1000593944	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	24/09/2015
120112738	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	28/09/2015

122047356	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	30/09/2015
122857030	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	2/10/2015
124047013	20211695	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	188.550,00	6/10/2015
127100686	28712305	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	13/10/2015
122857166	1790773	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	15/10/2015
122047362	25909119	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	16/10/2015
122857162	20007667	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	17/10/2015
122047367	20296293	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	19/10/2015
120113680	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	22/10/2015
122013874	2728358	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	188.550,00	22/10/2015
121423679	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	188.550,00	24/10/2015
TOTAL			\$12.865.607.88	

e. Tecnologías en Salud: (Lucro cesante)

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el plenario se decretó como prueba un dictamen pericial, en el cual se analizaron los servicios en salud prestados, si los mismos se encuentran o no incluidos en el POS, hoy PBS, así como el cumplimiento de los requisitos para su reconocimiento, llegándose a la siguiente conclusión general (Fl. 19):

AGRUPACIÓN	CANTIDAD DE ÍTEMS	VALOR	CALIFICACIÓN PERICIAL
2018_base_022 MEDICAMENTOS NO POS Desde la vigencia del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES, hasta la vigencia de la Resolución 6408	306	\$38.884.956,00	NO POS con Imágenes

de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social Tecnologías entregadas por la EPS SANITAS en el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2011y el 25 de mayo de 2017 CON IMÁGENES (Numeral 6.1del Dictamen)			
2018_base_022 MEDICAMENTOS NO POS Desde la vigencia del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES, hasta la vigencia de la Resolución 6408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social Tecnologías entregadas por la EPS SANITAS EPS en el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2011 y el 25 de mayo de 2017 SINIMÁGENES (Numeral 6.2 del Dictamen)	12	\$1.304.225,88	NO POS Sin Imágenes
TOTAL	318	\$40.189.181,88	NO POS

Así las cosas, no le asiste a la EPS el recobro de las tecnologías en salud no incluidas en el POS, hoy PBS, respecto de las cuales no acreditó el cumplimiento de los requisitos mediante las respectivas imágenes de los anexos técnicos, las cuales ascienden a la suma de \$16.378.681,88.

Ahora bien, una vez excluidas las facturas que se vieron afectadas por término prescriptivo, se evidencian sin imagen, las siguientes facturas:

Radicado FOSYGA	Cédula	Servicio	Valor	Fecha	Concepto

121424265	26486877	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	1.690,00	12/02/2016	NO POS	SIN IMAGEN
120580192	26486877	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	6/05/2016	NO POS	SIN IMAGEN
120579393	52140250	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	203.400,00	13/05/2016	NO POS	SIN IMAGEN
TOTAL			\$238.840			

Así las cosas, no es dable emitir condena respecto de los recobros que se encuentran prescritos, así como de aquellos que no fueron allegados los soportes técnicos a efectos de establecer el pleno cumplimiento de los requisitos de la procedencia del recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-.

Ahora bien, las restantes tecnologías en salud, se conceptuó que en efecto no se encuentran incluidas en el POS, hoy PBS, y se cumplieron a cabalidad los requisitos para su reembolso por el ADRES. De tal manera que, excluyendo los recobros prescritos, así como aquellos respecto de los cuales por activa no se aportó el cumplimiento de los requisitos, se adeudan un total de 244 facturas, por un valor total de \$209.783.577, lo cuales se discriminan de la siguiente manera:

Radicado FOSYGA	Cédula	Tecnología	Valor	Fecha	CONCEPTO	
122857173	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	95.430,00	26/10/2015	NO POS	CON IMAGEN
122057499	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	188.550,00	27/10/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047376	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	107.100,00	28/10/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857186	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	31/10/2015	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

122013876	17035585	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	192.650,00	4/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122013877	17035585	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	192.650,00	4/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857204	23269470	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	126.960,00	9/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047383	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	13/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857211	20007667	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	14/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047384	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	18/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
129241748	2728358	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	192.650,00	20/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857243	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	25/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
120114375	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	25/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122057527	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	182.750,00	25/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122985613	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	98.850,00	25/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857241	28712305	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	27/11/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047392	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	9/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857266	23269470	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	10/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
127100691	28712305	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	14/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047395	9058342	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	14/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122057546	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	90.900,00	14/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
127497467	17035585	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.900,00	16/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122857282	20007667	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	127.380,00	19/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
120114943	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	21/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
121423850	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	398.700,00	23/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122014271	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	172.100,00	24/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047400	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	64.730,00	26/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
127988604	1097255	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	198.200,00	28/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
122047401	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	124.880,00	28/12/2015	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

122057571	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.900,00	28/12/2015	NO POS	CON IMAGEN
117222494	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	21/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847084	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	22/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847140	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	191.500,00	26/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
116987950	26665729	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	27/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
116988143	52106093	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	27/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847205	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	28/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
116991398	16340380	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	68.100,00	28/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847579	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	86.108,00	29/01/2016	NO POS	CON IMAGEN
128654219	51954792	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	191.600,00	2/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
117219152	20163311	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	5/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120605869	24696362	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	181.000,00	11/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847728	9058342	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	13/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847844	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	49.852,00	16/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847691	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	17/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847799	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	18/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847797	17035585	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	191.600,00	18/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
120847806	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	19/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
117904521	52106093	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	22/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
121424110	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	191.600,00	22/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
117907444	16340380	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	68.100,00	24/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
118161442	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	24/02/2016	NO POS	CON IMAGEN
118498466	26665729	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	15/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
120848555	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	18/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121593787	28712305	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	22/03/2016	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

121609287	52106093	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	22/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121424251	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.750,00	23/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121609212	5397023	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	86.070,00	26/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121609667	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	28/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121610070	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	29/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121610268	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	29/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121603630	24696362	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.750,00	31/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
121594670	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	93.000,00	31/03/2016	NO POS	CON IMAGEN
127097139	52708777	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.750,00	5/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121610619	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.750,00	5/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
126671386	432725	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.750,00	6/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121610790	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	6/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
128002728	41509567	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	7/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121612021	23269470	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	125.360,00	7/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121612433	26665729	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	12/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121613308	135711	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	86.070,00	14/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121595708	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	15/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121613313	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	18/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121613847	20296293	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	19/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121613393	52106093	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	19/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121596768	28712305	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	21/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121895044	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	26/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121597700	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	27/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121597140	5397023	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	86.070,00	27/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121597205	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	195.750,00	27/04/2016	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

121598044	26665729	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	29/04/2016	NO POS	CON IMAGEN
121599883	24696362	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	2/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121601616	23269470	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	10/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121600005	25909119	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	12/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121601745	1790773	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	136.860,00	16/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121602175	20296293	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	17/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
124657825	52106093	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	19/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
120647746	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	19/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
120609020	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	20/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121604815	24482624	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	186.400,00	24/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121604670	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	93.700,00	25/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
120715851	5397023	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	87.240,00	26/05/2016	NO POS	CON IMAGEN
121592902	24696362	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	2/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
120857658	26665729	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	3/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
120849321	25909119	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	3/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
120995882	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	7/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121001784	23269470	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	9/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121607879	1790773	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	133.470,00	13/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121050345	28028521	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	13/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
122795364	27922696	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	17/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121007590	5397023	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	87.240,00	17/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121331417	28712305	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	20/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121760639	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	22/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
130267316	5563113	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	27/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121342597	52106093	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	28/06/2016	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

121653122	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.560,00	28/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
122797543	24696362	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	196.500,00	30/06/2016	NO POS	CON IMAGEN
121669829	27931836	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	5/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
121657464	26665729	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	6/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
121658183	26665729	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	6/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
121651917	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	6/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
121731055	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	194.850,00	8/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
121787525	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	68.000,00	8/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122808669	26665729	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	9/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
127205613	31213013	DIOVAN® HCT 160/25	92.976,00	10/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
127199357	22262778	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	84.600,00	11/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
133240151	17032046	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	194.850,00	12/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
121762991	28028521	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	417.800,00	13/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122431420	1790773	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	16/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122432706	25909119	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	18/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122820006	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	2.260,00	18/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122799454	17035585	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	194.850,00	18/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
127100585	28712305	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	19/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122429581	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.450,00	21/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
127464268	5397023	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	87.300,00	22/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122445847	5397023	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	87.300,00	22/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122445754	5397023	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.450,00	22/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122410653	52106093	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	23/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122417425	27901031	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	13.700,00	26/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122414747	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	95.900,00	26/07/2016	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

130182675	1188213214	SYMBICORT RAPIHALER ® 80/4.5 MCG/INHALACIÓN	150.700,00	27/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122418746	27931836	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	27/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
125086867	20110196	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	7.425,00	27/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122419451	6371372	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	57.500,00	28/07/2016	NO POS	CON IMAGEN
122891818	17035585	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.450,00	4/08/2016	NO POS	CON IMAGEN
122944008	23269470	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	125.360,00	8/08/2016	NO POS	CON IMAGEN
127202496	26656864	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	57.500,00	11/08/2016	NO POS	CON IMAGEN
122940728	1790773	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	16/08/2016	NO POS	CON IMAGEN
122985127	24696362	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.450,00	23/08/2016	NO POS	CON IMAGEN
129940381	33190910	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	20/09/2016	NO POS	CON IMAGEN
124433125	24696362	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	28/09/2016	NO POS	CON IMAGEN
124647451	1790773	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	10/10/2016	NO POS	CON IMAGEN
124550994	6371372	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	68.100,00	13/10/2016	NO POS	CON IMAGEN
130179409	33190910	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	21/10/2016	NO POS	CON IMAGEN
126307124	36177539	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	187.400,00	25/10/2016	NO POS	CON IMAGEN
126056682	39150129	DIOVAN Â® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	133.260,00	11/11/2016	NO POS	CON IMAGEN
128553165	20567475	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	176.220,00	11/11/2016	NO POS	CON IMAGEN
126042217	20164077	DIOVAN Â® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	18/11/2016	NO POS	CON IMAGEN
126038126	19224948	DIOVANÂ® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	88.260,00	18/11/2016	NO POS	CON IMAGEN
126103627	17152859	DIOVANÂ® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	88.260,00	18/11/2016	NO POS	CON IMAGEN
126290235	10079840	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	16.575,00	5/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
126329549	489856	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	7/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
133242913	22426519	DIOVAN® HCT 320/12.5 MG	170.880,00	9/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
126502501	40760418	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	10/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127201535	24696362	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	212.400,00	13/12/2016	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

127219140	6371372	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	68.700,00	14/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127192267	17019272	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	100.000,00	19/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127355732	26665729	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	9.078,00	22/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127355732	26665729	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	127.092,00	22/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127511022	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	23/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127176386	27076709	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	89.160,00	27/12/2016	NO POS	CON IMAGEN
127454134	5397023	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	194.200,00	7/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
127453814	492405	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	10/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
127518910	24696362	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	10/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
127518501	1790773	DIOVAN ® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.270,00	12/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
129940413	33190910	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	31.460,00	20/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
130186820	41347528	DIOVAN 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	126.152,00	23/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
128009791	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	25/01/2017	NO POS	CON IMAGEN
133226303	29078327	SYMBICORT RAPIHALER 160/4.5 MCG/INHALACION	229.000,00	2/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
128561771	41700124	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	3/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
128005748	5397023	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	6/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
133238846	1047452	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	100.000,00	21/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
129949918	20381796	DIOVAN ® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	67.230,00	22/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
129943281	33190910	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	31.460,00	22/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
128618294	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	25/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
133208955	31471188	DIOVAN 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	38.200,00	28/02/2017	NO POS	CON IMAGEN
129949126	20216004	DIOVAN® 40 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.720,00	1/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
133205338	23018003	DIOVAN HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	89.700,00	2/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129962638	72140532	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	89.160,00	3/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129960657	5202229	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	178.920,00	4/03/2017	NO POS	CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

128697029	41652552	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	6/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
130187287	41772216	DIOVAN® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	68.100,00	8/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129946408	17141391	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	89.160,00	8/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129944932	1032426487	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	8/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129945376	11296257	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	194.200,00	9/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
130266561	36532156	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	178.920,00	10/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129962898	7437912	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	10/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
130185760	36554587	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	178.920,00	11/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129961330	5563186	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	11/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129944788	1028419	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	100.000,00	11/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129946753	17324502	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	12/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
133205031	22332075	DIOVAN 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	55.930,00	13/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129968628	23910886	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	89.160,00	13/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129945938	16590837	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	37.330,00	14/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129945707	14997925	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	15/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129945940	16592946	DIOVAN® 320 MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	16/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
133208793	31213013	DIOVAN HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	71.916,00	16/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
133201904	19151741	DIOVAN HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	89.160,00	17/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
130185918	37232971	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	18/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129950033	20513820	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	178.920,00	22/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129950639	21197957	DIOVAN® 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	23/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
130186516	38964168	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	23/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129958184	41456742	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	100.000,00	23/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129956195	31862419	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	59.260,00	24/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129150735	318008	SYMBICORT® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	25/03/2017	NO POS	CON IMAGEN

129950996	2144965	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	27/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
133226723	30287127	DIOVAN 160MG TABLETAS RECUBIERTAS	135.960,00	28/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
133216827	1018427130	DIOVAN HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	88.260,00	29/03/2017	NO POS	CON IMAGEN
129946356	17131358	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	198.000,00	6/04/2017	NO POS	CON IMAGEN
129954253	2849916	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	202.600,00	19/04/2017	NO POS	CON IMAGEN
133203500	20264759	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	198.000,00	19/04/2017	NO POS	CON IMAGEN
129942006	318008	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	205.500,00	24/04/2017	NO POS	CON IMAGEN
130183905	1698590	SYMBICORT TURBUHALER (R) 160/4.5/MCG/DOSIS	100.000,00	24/04/2017	NO POS	CON IMAGEN
130183605	14317107	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	26/04/2017	NO POS	CON IMAGEN
130262663	34967649	DIOVAN ® HCT COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	93.000,00	3/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133210080	3714272	SYMBICORT 3 TURBUHALER3 320/9 µG DOSIS	205.500,00	5/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133239796	14317107	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	33.750,00	16/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133241889	20277795	DIOVAN ® 80 MG TABLETAS RECUBIERTAS	22.450,00	16/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133195499	3689789	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	180.000,00	23/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133244081	27779434	DIOVAN® HCT 160 MG/12.5 MG COMPRIMIDOS RECUBIERTOS	88.800,00	23/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133248523	5473678	SYMBICORT ® TURBUHALER® 320/9 µG DOSIS	202.600,00	24/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
133200895	17035585	SYMBICORT 3 TURBUHALER3 320/9 µG DOSIS	205.500,00	25/05/2017	NO POS	CON IMAGEN
TOTAL			\$27.084.734			

Así las cosas, se modificará la decisión de primer grado.

e) Frente a los gastos de administración

En lo que atañe a este punto de inconformidad, se avizora que en el libelo genitor la parte actora solicitó que se fulminara condena a la pasiva por dicho concepto de daño emergente, en un total del 10% de las pretensiones.



Sobre tal aspecto, basta recabar en que no se allegó prueba alguna al plenario que soporte el monto enunciado por la parte promotora, teniendo la carga de la prueba de acreditar el daño material alegado en la tipología de daño emergente.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-262 de 2013, frente a los alcances de los gastos de administración, señaló:

“2.8.2.6. Para resumir, de acuerdo con el análisis emprendido por la Sala, el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición dirigida a las EPS de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

En ese orden de ideas, no es factible asimilar los gastos de administración que se encuentran regulados en la Ley, a un daño emergente por el no pago de recobros de servicios NO POS, hoy NO PBS, motivo por el cual se absolverá de este pedimento.

f. De los intereses moratorios:

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conviene recordar que el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de salud y el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud.

A su turno, en el inciso quinto del artículo 48 Superior, establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.



Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido de manera unívoca que los recursos del Sistema General de Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal, que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece por la ley para afectar un determinado y único grupo social o económico y que debe utilizarse en beneficio de propio grupo gravado.

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7° del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación.

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

“De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:

“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio

establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).

“De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.

“No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

“Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.

“Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.

“Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.

“Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos.



De cara a lo indicado, hay lugar al pago de los intereses moratorios, los cuales deberán ser cancelados, a partir de los 2 meses siguientes a su radicación, precisando que dicha condena implica la absolución de la indexación, al no ser factible disponer el pago de intereses moratorios e indexación.

En ese orden de ideas se modificará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES a reconocer y pagar a la demandante EPS SANITAS S.A. la suma de \$27.084.734 por concepto de servicios y tecnologías en salud infundadamente glosadas que corresponden a las facturas enunciadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a reconocer a la EPS SANITAS S.A. los intereses moratorios adeudados que se causaron, respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de los recobros, hasta la data efectiva del pago.



TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive, para en su lugar declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y parcialmente probada la de inexistencia del derecho.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 39 2021 00346 01
 Demandante: LUZ ELENA CARMONA ROJAS
 Demandados: COLPENSIONES Y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de la demandante a la abogada GHIRA LORENA GIRALDO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 52.449.047 y T.P. 325.872 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado MICHAEL CORTAZA CAMELO, identificado con cédula de ciudadanía 1.032.435.292 y T.P. 289.256 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

De igual manera, se reconoce personería para actuar en representación de SKANDIA S.A. a la abogada CLAUDIA ANDREA CANO GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.143.869.669 y T.P. 338.180 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 6 de diciembre del 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.



De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ ELENA CARMONA ROJAS promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a fin que se declararse la ineficacia o nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SKANDIA S.A. dado que no cumplió con el deber de información y asaltó su buena fe para llevar a cabo el traslado de régimen pensional.

En razón de lo anterior, pretende se ordene a COLPENSIONES la reciba como su afiliada sin solución de continuidad en el régimen que administra, igualmente, se condene a las accionadas a reconocer y pagar los intereses por la mora en la autorización de su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, respecto a la devolución de los aportes a pensión que realizó a SKANDIA S.A., la indexación de los valores adeudados, junto con las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales antes I.S.S. desde el 17 de julio de 1989 hasta el 30 de junio de 1995, a través de diferentes empleadores, alcanzando 170 semanas; y que posteriormente en julio de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SKANDIA S.A., presentado inconsistencias con algunas cotizaciones del año 1995, añadiendo que la 1º de abril de 1994 contaba con 29 años.



De otro lado, sostuvo que el 15 de agosto de 1995 los asesores de SKANDIA S.A., motivaron su traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener con el Instituto de Seguros Sociales, sin suministrarle información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias que le conllevaría el cambio de régimen al momento de pensionarse.

Señaló que los asesores le dijeron que en ese régimen se podía pensionar de manera anticipada y con una mesada superior a la que obtendría en el régimen de prima media, sin que se le explicara que perdería los beneficios de dicho régimen, el cual le ofrece una mesada superior y acorde con su nivel de vida, lo que se evidencia en la simulación pensional que le efectuara el fondo privado.

Refirió que al 12 de junio de 2012 cuenta con un capital superior a \$418.944.537 y que a la edad de 57 contaría con más de 1600 semanas. Finalmente, sostuvo que solicitó a COLPENSIONES el 9 de septiembre de 2020, su afiliación y retorno al régimen que administra sin que haya ofrecido una respuesta de fondo. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra. Argumentó que de las pruebas allegadas no se evidencia alguna situación que invalide los actos jurídicos que suscribió con las diferentes entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Añadió que la actora se afilió a ese fondo el 1º de septiembre de 1995 a razón de la suscripción del formulario de traslado de régimen adiado el 15 de agosto de 1995, y que brindó información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, los que igualmente se encuentran en la Ley 100 de 1993. De otra parte, señaló que la gestora suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones aceptando las condiciones propias del régimen de ahorro individual.

Propuso como excepciones la de prescripción, prescripción de acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena



fe, inexistencia de actuaciones ilegítimas por parte de AFP SKANDIA S.A. (Archivo 05).

Entre tanto, COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*, argumentando que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error a la demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 06).

Mediante proveído de 24 de marzo del 2022, se dispuso inadmitir el llamamiento en garantía que realizó SKANDIA S.A. y se ordenó vincular al proceso a PROTECCIÓN S.A. (Archivo 09).

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda, se opuso a declaratoria de nulidad o de ineficacia de la afiliación de la actora, ya que éste se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre



los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (Archivo 16).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., respecto a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (Fls. 140 a 148 archivo 05). El cual fue aceptado mediante auto de 6 de septiembre de 2022. (Archivo 12).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se ciñó a las regulaciones normativas sobre el derecho de información vigentes a la fecha del traslado, lo que debió cumplir SKANDIA S.A.

Como excepciones propuso las que nombró como el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar mediadas o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a SKANDIA S.A., legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones. (Fls. 2 a 10 archivo 15).

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, aludiendo que el objeto de del seguro previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, consisten en que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora, el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Como excepciones de mérito al llamamiento formuló las de inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, ese fondo carece de amparo 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, 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, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA S.A. y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (Fls. 10 a 21 archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora LUZ ELENA CARMONA ROJAS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. con efectividad a partir del 01 de julio de 1995 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se predica de la afiliación que hizo de PROTECCIÓN S.A. a SKANDIA S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que recibió por gastos o comisiones por administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, de haberse redimido, así como los gastos de administración o comisiones por administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en los ordinales SEGUNDO y TERCERO y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

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



SEXTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales en contra de SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia.

SÉPTIMO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. del llamamiento en garantía invocado por SKANDIA S.A., teniendo en cuenta las razones expuestas

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), se exonera a COLPENSIONES atendiendo las razones expuestas y a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. por no haber prosperado el llamamiento en garantía, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión con el superior por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, los artículos 271 y 272 ibidem, consagran las sanciones y efectos al quebrantamiento a dicha elección.

De otro lado, señaló que lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiere a que la decisión de elección de régimen debe ser libre y voluntaria, por lo que debe existir un consentimiento informado o una libertad informada, lo cual se da cuando se indican las características, beneficios, condiciones y diferencias de uno y otro régimen, y las consecuencias que implica el traslado, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a las AFP demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados ya que son quienes tienen la información, además cuando se realiza una negación indefinida según el artículo 167 del C.G.P., se invierte la carga de la prueba. Concluyendo que, en el *sub-examine* no se probó el cumplimiento de dicho deber de información, lo cual no se prueba únicamente con el formulario de afiliación, el que en el caso de PROTECCIÓN S.A. brilla por su ausencia, encontrándose solo el de SKANDIA S.A., además del interrogatorio de parte de la actora no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues no se advierte que le hayan informaron sobre



características generales de los regímenes pensionales, aunado a que el empleador tuvo relevancia en tales cambios.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen de la actora y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de PROTECCIÓN S.A. de los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima debidamente indexados, y a SKANDIA S.A. además de tales rubros, de todas las sumas de dinero que reposen en la cuenta de la actora, incluyendo rendimientos y bonos pensionales de ser el caso. Declaró no probada la excepción de prescripción, indicando que COLPENSIONES quedaba en libertad de demandar los perjuicios ocasionados.

En relación con el llamamiento de garantía, la juez arguyó que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los dineros que se deben devolver deben ser de cuenta del patrimonio del fondo, ya que la aseguradora no intervino en el acto de traslado, por ende, se absolvió del llamamiento en garantía a MAPFRE y condenó en costas a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, adujo su oposición total a la sentencia de instancia, aduciendo que la declaratoria de ineficacia no puede generar efectos diferentes a los que la ley ya ha establecido, por lo que no puede darse el carácter de ley a la jurisprudencia.

Refirió que no se puede aplicar una interpretación acomodada a la figura de la ineficacia en beneficio de la actora y en detrimento de la AFP, desconociendo que fue su labor la que le ha generado unos rendimientos financieros a la actora que no que habría logrado en COLPENSIONES, más si se tiene en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, señala que las comisiones de administración no hacen parte de los recursos que financian las prestaciones económicas de la afiliada, aunado a que no se discutió lo atinente la administración de ese fondo, debiendo respetarse las restituciones mutuas en caso de declararse la ineficacia del traslado, dado que la actora nunca ejerció su derecho de retracto, y no regreso al prima media cuando aún le era posible hacerlo, siendo libre y voluntaria su decisión de trasladarse y habiéndose acreditado que sabía las características del RAIS, agregando que el error de derecho no vicia el consentimiento. Por último,



reitera su solicitud de no ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron legalmente descontados y asignados conforme a la ley.

COLPENSIONES en su disenso, solicito se revoque la sentencia de primer grado por cuanto ha existido un falso juicio de identidad del caudal probatorio , ya que no se pueden sopesar circunstancias con elementos distintos a los que la Corte Suprema de Justicia ha establecido; dado que no se pueden equiparar las cargas que ha establecido ese Alto Tribunal en casos de ineficacia, en tanto, no es la AFP la que debe demostrar la carga que hoy se le pretende inculcar, atendiendo actividades de la etapa post contractual, pues la valoración es precontractual.

Adicionalmente, refirió que la demandante no es una persona incapaz, de modo, que no puede sustraerse de las obligaciones contractuales que acordó en el formulario de afiliación, pues bajo el principio de buena fe no se puede entender que el deseo del traslado supone que existe un efecto invalidante de negocio, carga que en ultimas asume esa entidad, sin sopesar las actividades del empleador en el traslado.

Refirió que en ejercicio de la sana crítica se hizo valer el criterio de la experiencia y no la lógica que el mismo caso deprecaba. Señaló que el traslado de la actora no obedece a desinformación o engaños, sino que se basa en que se le ofrece más garantías y obtiene menos riesgos, por lo que no existe un punto central sobre el cual en efecto se deba declarar la responsabilidad que debe asumir esa entidad, ya que lo que se busca es obtener una mesada a futuro sin sustento alguno.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, 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. Desde luego 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. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a los sostenido por las apelantes.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 28 de junio de 1995 con PROTECCIÓN S.A., sin embargo, si se aportó el formulario de afiliación a SKANDIA S.A. el 15 de agosto de 1995, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de julio y 1º de septiembre de esa misma anualidad, como se observa de la certificación del SIAFP (Fls. 70 a 71 y 73 archivo 05). Dicho esto, y pese a que no obra el formulario de afiliación inicial, lo cierto es que, si bien ese documento refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante LUZ ELENA CARMONA ROJAS, quien al referirse sobre su traslado en 1995 a PROTECCIÓN S.A., dijo que las personas de Recursos Humanos fueron quienes diligenciaron el formulario de afiliación a ese fondo, que no tuvo acompañamiento del asesor y que fue coaccionada por su empleador para suscribir el documento en cuestión.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la gestora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una “*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*



dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por las apelantes.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto a los cuales SKANDIA S.A. hace alusión en su alzada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que



deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código

Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y



los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión de la *a-quo*. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de diciembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado