



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 05-2019-00266-02

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

**DEMANDANTE: RICARDO ESCOBAR REMISIO
DEMANDADO: ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA
ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada, presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor RICARDO ESCOBAR REMISIO instauo demanda ordinaria laboral contra de ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Se declare que el BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA, en desarrollo del contrato de trabajo que mantiene con RICARDO ESCOBAR REMISIO,

ha violado lo previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, Ley 1496 y demás normas concordantes.

CONDENATORIAS:

2. Se reconozca que el empleador ha discriminado a RICARDO ESCOBAR REMISIO al pagarle un salario inferior al que perciben otras personas que tienen el mismo cargo y funciones.
3. Se ordene la reliquidación de sueldos, primas, vacaciones, cesantías, percibidas en la relación de trabajo que RICARDO ESCOBAR REMISIO ha mantenido desde el 12 de febrero de 1999 con el Banco demandado, y se proceda al pago correspondiente a favor del actor, de la diferencia entre lo pagado al accionante por tales conceptos y lo que el Banco demandado les canceló y ha venido pagando a los señores: Leonardo Torres Camacho, María Helena Chiappe Bermúdez, Willmar Riaño Camacho, Adriana Ivonne Triana Cruz, Henry, Over Antonio Carreño Lombana, Nohora Inés González, José Agustín Lara, Oswaldo de j Márquez Ceballos, Edward Albeiro Pérez Gómez, Elvia Judith Castaño, Mauricio Bedoya y José Carlos Ramírez Cifuentes o lo que corresponda al salario más alto que se le reconozca y pague por parte de banco demandado a las personas que en dicha entidad bancaria se encuentran desempeñando el cargo de Asesor Especial.
4. Se ordene re liquidar y pagar la diferencia de lo percibido por RICARDO ESCOBAR REMISIO como empleado del banco demandado, en relación con las prestaciones convencionales a que tiene derecho, a partir del 12 de febrero de 1999.
5. Se ordene la consignación, a favor de RICARDO ESCOBAR REMISIO en COLPENSIONES de las diferencias que resulten de lo efectivamente aportado por el Banco demandado y lo que debieron consignar, de haber tenido en cuenta lo previsto en el artículo 143 del CST y la Ley 1496 y demás normas concordantes y complementarias, esto es, la diferencia entre lo aportado a la seguridad social en pensiones la actor y lo aportado por tal concepto a quienes ejercen el cargo de Asesor Especial en el hoy Banco ITAÚ Colombia SA.
6. Se ordene la consignación a favor de RICARDO ESCOBAR REMISIO en el fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA, de las diferencias que resulten de lo efectivamente depositado por concepto de cesantías por el Banco demandado y lo que le debieron consignar, de haber tenido en cuenta lo previsto en el artículo 143 del CST y la Ley 1496 y demás normas concordantes y complementarias, esto es, la diferencia entre lo pagado por concepto de cesantías al actor y lo aportado por tal concepto a quienes

ejercen el cargo de Asesor Especial en el hoy Banco ITAU CORPBANCA COLOMBIA SA.

7. Se ordene al pago de los intereses que correspondan por concepto de la diferencia en cuanto al valor de cesantías, generadas a partir del 12 de febrero de 1999.
8. Se ordene al BANCO ITAU CORPBANCA DE COLOMBIA SA, pagar a partir de la fecha de la sentencia y mientras RICARDO ESCOBAR REMISIO ocupe el cargo de SESOR ESPECIAL, un salario equivalente al mas alto que perciban Leonardo Torres Camacho, María Helena Chiappe Bermúdez, Willmar Riaño Camacho, Adriana Ivonne Triana Cruz, Henry, Over Antonio Carreño Lombana, Nohora Inés González, José Agustín Lara, Oswaldo de j Márquez Ceballos, Edward Albeiro Pérez Gómez, Elvia Judith Castaño, Mauricio Bedoya y José Carlos Ramírez Cifuentes, o el más alto que se reconozca en dicho cargo, dentro de la nómina del Banco demandado.
9. Que los reajustes deprecados, se apliquen también a los derechos que emergen de la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO suscrita entre el Banco demandado y sus trabajadores.
10. Que a las sumas de dinero a las cuales sea condena a pagar el Banco ITAU CORPBANC COLOMBIA SA, y que no corresponden a indemnizaciones, se les aplique actualizaciones monetarias.
11. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA SA contestó la demanda, de acuerdo al auto que data del 31 de enero de 2022. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de marzo de 2022, dispuso:

“PRIMERO: CONDENAR a ITAU CORPBANCA COLOMBIA SA a nivelar salarialmente al señor RICARDO ESCOBAR REMISIO, teniendo en cuenta un verdadero salario de \$2.711.480, a partir del 10 de abril de 2016. La demandada deberá aplicar los reajustes convencionales y deberá re liquidar las prestaciones sociales legales, extralegales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral. Deberá indexar las diferencias que resulten teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada diferencia y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, declarando de oficio PROBADA la excepción de prescripción respecto de la nivelación con anterioridad al 10 de abril de 2016.

TERCERO: COSTAS a cargo de **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA**, inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$4.000.000.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló el fallo proferido en primera instancia:

- 1. SUSTITUCIÓN PATRONAL:** Señala que en el actor en su interrogatorio de parte confesó que trabaja en el Banco desde 1980, lo que no genera ningún efecto adverso, pero lo que si es cierto es que padeció las transformaciones societarias que tuvo la demandada, situación que se echó de menos, pues el demandante pasó por las diferentes fusiones que tuvo el banco, precisando en todo caso que, el demandante nunca sufrió una desmejora en sus salario, de manera que se equiparó esa planta de personal que progresivamente iba teniendo efecto, pues su funciones si se iban transformando, pero reitera que nunca hubo una desmejora en su salario, sin que fuera procedente o de recibo las interpretaciones que realizó el actor de las consecuencia de las decisiones societarias que tomaba la demandada, pues es de conocimiento que en los procesos de sustitución patronal, los contratos de trabajo no se modifican, no se extinguen y mucho menos, se desmejoran las condiciones laborales de los trabajadores.
- 2. CADENA JUDICIAL DE NIVELACIONES SALARIALES:** Indica que se remontan al año 2000, esto es, hace más de 22 años, con la que concluye que es absolutamente ajeno al proceso, la razón por la cual al señor JORGE IVÁN AGUDELO ACOSTA hace más de 20 años pudo obtener laguna intención de lograr una nivelación salarial, esto es un asunto que le correspondió a la justicia hace 25 años determinar la razón por la cual ordenaron una nivelación salarial, decisión judicial que por sí mismo, es un factor externo y por ende objetivo respecto de la distorsión salarial, lo que generaría entrar a discutir en este asunto las razones que se tuvieron en cuenta en ese momento para ordenar la nivelación salarial del señor JORGE IVAN AGUDELO ACOSTA, pues sería tener en cuenta unas condiciones absolutamente ajenas a las que se están discutiendo en este proceso, por lo que no se necesita discutir probatoriamente cuales fueron los motivos que llevaron al señor AGUDELO ACOSTA hace más de 25 años a pretender esa nivelación salarial, pero si corresponde evaluar cuales fueron los efectos jurídicos que 20 años después está generando esa declaración judicial que modificó la realidad y el panorama jurídico del cual se está discutiendo actualmente, pues de esa declaración judicial de hace 20 años, se desprendió la situación del señor EDWARD PEREZ, y a su vez, la de los

señores OSWALDO MARQUE, JOSE CARLOS RAMIREZ, ELVIA JUDITH CASTAÑO, ESPERANZA HERRERA, MONICA SALDARRIAGA, MAURICIO BEDOYA, ADRIANA GARCIA, RAFAEL MONTAÑEZ, esto es, un montón de trabajadores que se favorecieron de esa nivelación salarial primigenia.

- 3. SITUACIÓN LEONARDO TORRES:** Señala que, si bien el Juzgado tuvo como punto de referencia para el caso bajo estudio, la situación del señor LEONARDO TORRES, trabajador que además fue testigo en el presente proceso, lo cierto es que, no puede equipararse la situación del señor Torres con la del demandante, por cuanto, el mismo indicó que si bien tiene un salario superior al del actor, lo es por una decisión judicial que en su momento tomó la administración de justicia, en comparación con los trabajadores anteriormente señalados, punto de unión de ambas cosas, el punto de referencia con el cual el Juez determina esta condena, la cual se encuentra anclada a la situación equiparable del señor Leonardo Torres, de lo cual se echa de menos es que se la situación del Señor Torres viene precedida por una sentencia judicial, con la que a su vez, se remitió al caso del señor Jorge Iván Agudelo el cual distorsionó la situación de todos los demás que han demandado para pedir nivelación salarial, incluyendo al aquí demandante.
- 4. PUNTO DE VISTA PROBATORIO:** Manifiesta su inconformidad con la decisión del Juez, pues considera que si está suficientemente demostrado, a través de la prueba documental que existe justificación de porque hay distorsión salarial al interior del Banco, conforme el certificado de existencia y representación por ejemplo, y la forma como estuvo impactado el caso del demandante, primero por su propia confesión y segundo, al tener el punto de referencia del caso de Leonardo Torres, pues esta desvirtuado que, el salario superior al del demandante se encuentra justificado que se dio por orden judicial, la cual el banco solo puede cumplirla, no es una situación caprichosa.
- 5. INCIDENCIA DEL PERMISO SINDICAL:** Indica que contrario a lo manifestado por el Juzgado, el hecho de que el trabajador ejerciera su permiso sindical, en ningún momento le impedía acceder a una nivelación, por el contrario, argumenta que, conocen perfectamente la incidencia en el maco de protección del derecho de asociación sindical y el bloque constitucional, las normas de trabajo que protegen el derecho sindical, punto donde se rompe el punto de referencia con respecto al demandante, por cuanto son dos personas que no están en el plano de la igualdad jurídico, trayendo a colación la sentencia SL3757 de 2021, donde con ocasión de una demanda por nivelación salarial de una asesora especial que era Mónica Saldarriaga Jiménez en contra de este mismo Banco demandado en esa sentencia de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el efecto del

permiso sindical en relación con la comparación material de las actividades de un trabajador con otro porque es que no estamos hablando del patrimonio de derechos, como el derecho de asociación sindical del trabajador, estamos hablando de una discusión diferente. En ese sentido, supone que haya dos personas que no están en condición de igualdad porque están en situaciones disímiles lo cual no supone que sea discriminatorio porque también ha entendido la Corte Constitucional de vieja data que hay que dar un tratamiento igual a los iguales y un tratamiento desigual a los desiguales entonces lo que pasa con el efecto material del permiso sindical es que en la materialidad ya no están en una posición igual, está en una posición disímil porque una persona está ejerciendo unas actividades distintas de las actividades que está ejerciendo el otro, que a pesar de que tengan el mismo cargo y tengan el mismo patrimonio de derechos, la materialidad la que encuentra la Corte Suprema de Justicia diciendo aquí se rompe el punto de referencia.

- 6. CONTINUIDAD DEL DEMANDANTE:** Por otro lado, indica que no debe perderse de vista que el demandante estuvo por más de 14 años por fuera del Banco demandado, por lo que supone que históricamente no estuvo en una situación de igualdad frente a las personas con las que se está comparando, reiterando que el demandante se encontró en una situación disímil en la materialidad del servicio, respecto de otras personas, pues no son grupos objetivamente comparables, teniendo una razón por la cual se le trató de manera diferente, no discriminatorio pues es ilegal, tan solo un trato diferenciado a los demás que permiten una diferencia en el salario, sin que se entienda discriminatorio.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar la nivelación salarial que peticiona el señor RICARDO ESCOBAR REMISIO respecto de los trabajadores que ostentan la función de “Asesor Especial”

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No es objeto de controversia en esta instancia que el señor RICARDO ESCOBAR REMISIO se vinculó laboralmente para el BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA desde 03 de marzo de 1980 y en el cual se encuentra actualmente vinculado mediante un contrato de y trabajo a término indefinido, inicialmente como APRENDIZ, para luego ser contratado directamente como CAJERO y finalmente desempeñar el cargo de ASESOR ESPECIAL, conforme la certificación que milita a folios 765 y 766 del Archivo unificado de la demanda del expediente digital.

Así mismo, debe precisarse que, el 14 de septiembre de 2001, el Banco decidió dar por terminada la relación laboral con el demandante y posteriormente, con ocasión a una sentencia judicial, fue reintegrado mediante acta del 30 de noviembre de 2017, conforme documental visible a folios 129 a 179 del archivo unificado de la demanda del expediente digital.

NIVELACION SALARIAL

Aduce el demandante que ejerce las mismas funciones de ASESOR ESPECIAL de los trabajadores con quienes se compara, razón por la cual debe reconocérsele el mismo salario, en virtud del principio de a trabajo igual, salario igual.

Por su parte, la demandada presenta recurso de apelación en las que indica que existen razones objetivas para la diferenciación salarial del demandante, y si bien no discute las labores asignadas de ASESOR ESPECIAL, indica que existe una distorsión en las funciones de los demás trabajadores con los que se compara el actor, lo que hace imposible comparar, máxime si se tiene en cuenta que estuvo varios años sin ejercer materialmente el cargo como consecuencia de un despido y su posterior reintegro y que además en parte la mitad del mes ejerce su actividad sindical lo que también le impide materialmente ejercer las funciones de asesor especial.

Así las cosas, sabido es que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, y así lo ha adoctrinado la Sala de Casación en sentencias con radicado n.º21779 de 2014 y 45089 de 2016, al indicar *«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya*

aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado»

Por otra parte, el artículo 143 del C.S.T, prevé: “*A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual*”, principio por demás de rango constitucional.

La norma en cita procura combatir el trato discriminatorio materializado en la remuneración proveniente de factores sociológicos, culturales, creencias íntimas o actividades legítimas del trabajador que ninguna relación tienen con su trabajo objetivamente considerado¹, sin embargo, impone no solo la igualdad de cargo, sino también de jornada y eficiencia, condicionamientos que la jurisprudencia ha entendido como analogía o semejanza en funciones, cantidad, eficiencia y calidad de trabajo.

En efecto, el criterio que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia para determinar la procedencia del principio consagrado en el artículo 143 del CST, esto es, “**A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL**” anteriormente denominado “a trabajo igual, salario igual”, necesariamente se debe examinar si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio motivado eventualmente en circunstancias subjetivas por parte del empleador, de tal modo que por no ser de aplicación automática dicho precepto, debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras.

De tal suerte que se ha adoctrinado que el estudio de la nivelación salarial como la que aquí se reclama, debe surtir el análisis de los siguientes requisitos:

1. *A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
2. *No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
3. *Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.*

Ahora, respecto de la carga probatoria la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3165-2018, tiene adoctrinado lo siguiente:

¹ CSJ, Sala laboral, sentencia de 10 de octubre de 1980

Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 mayo 2005. Rad. 24272, entre otras).

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5642 de 2018 y SL14349 de 2017, indicó frente al tema lo siguiente:

“La Sala considera que la nivelación salarial puede darse en circunstancias diferentes a las estrictamente señaladas en el artículo 143 citado. Ese artículo, en efecto, después de fijar los límites del principio a trabajo igual, salario igual prohíbe establecer diferencias en el salario por estos otros motivos: edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. No es una relación exhaustiva de motivos, pues lo que la norma prohíbe es la discriminación, la trasgresión afrentosa del principio de igualdad. El artículo 5° de la Ley 6ª de 1945 dice a su vez que la diferencia de salarios en ningún caso podrá fundarse en estos factores: nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

El principio es entonces que, a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder salario igual. Y se complementa con una prohibición que sanciona la diferencia de salarios por motivos de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales y que significa la prohibición del trato desigual, injusto, afrentoso.

El tema tiene incidencia en la carga de la prueba del trabajador que pretenda la nivelación salarial. Es claro que, si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.”

Conforme a lo anterior, si el demandante alega haber desempeñado un cargo que difiere con el señalado por el empleador, es lógico que dicha parte tiene la carga probatoria de acreditar los presupuestos o supuestos fácticos en que soporta la pretensión.

Por lo anterior, al analizar el material probatorio incorporado por el demandante, se observa que se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, quien aceptó que todas las funciones ejercidas por los ASESORES ESPECIALES del Banco demandado son las mismas, los cajeros han tenido una evolución desde un inicio como cajero principal, luego como cajero mixto a pasar a la denominación de “Asesor Especial”, describiendo las funciones propias de un

cajero, lo cual tampoco se discute, que todos los asesores especiales son objeto de la calificación de la evaluación de desempeño anual, lo que lleva a concluir que el nivel de eficiencia es medido de la misma manera a todos los asesores especiales, que ese nivel de eficiencia de los trabajadores, cumple sus horarios en las oficinas que tiene la entidad bancaria.

Lo que se discute en el recurso de apelación presentado por la parte demandada, es la justificación del Banco en que existen condiciones o razones objetivas para la distorsión de las funciones.

En ese sentido, si bien el apoderado de la demandada pretende se revoque la decisión de primer grado, con fundamento en la sustitución patronal que medió, el cuál en primer lugar, no generó desmejora salarial para el demandante, y, por otro lado, conforme el certificado de existencia y representación, la actividad financiera ha sido producto de múltiples variaciones, con lo que eventualmente se podría verificar la distorsión en los salarios de los trabajadores.

Así las cosas, al observar el certificado de existencia y representación, allegado por las partes, si bien se observa las diferentes fusiones que ha tenido los bancos SNATANDER – CORPBANCA hoy ITAÚ, así como la actividad financiera de los mismos, lo que puede suponer inicialmente la posible distorsión en los salarios de los trabajadores, lo cierto es que, está acreditado que en el caso del señor JORGE IVAN AGUDELO si bien venía de la fusión de otro Banco, con convenciones colectivas diferentes, se hizo acreedor de un aumento salarial para el año 1998, con lo que eventualmente, aduce el apelante, se distorsionó el salario de los demás ASESORES ESPECIALES, por lo que otros trabajadores comenzaron a compararse con el señor AGUDELO y con ello, surgió una decisión judicial.

No obstante lo anterior, cobra especial relevancia dicho argumento, por cuanto la demandada no aportó ningún medio de convicción donde se acredite que efectivamente, con ocasión a la fusión de ciertos bancos, el señor JORGE IVAN AGUDELO al ser beneficiario de dos convenciones colectivas tuvo un doble aumento, y que, a partir de ello, se comenzó a distorsionar el salario de todos los trabajadores, y que a raíz de eso, no es posible otorgar la nivelación al aquí demandante, por el contrario, conforme lo indicó el testigo LEONARDO TORRES, quien manifestó que no conocía ningún caso al interior del banco que hubiera sido favorecido por dos aumentos salariales en el mismo año, por lo que no hay argumentos válidos para verificar que evidentemente el caso del señor JORGE IVAN AGUDELO es diferente al caso del hoy demandante, pues reitera sin un sustento probatorio que acredite efectivamente esa situación que los diferencia y por la cual no pueden ser comparados.

Por otro lado, vale la pena resaltar que el aquí demandante se compara con diversos compañeros de trabajo, precisando que el actor el más antiguo en el ejercicio de su función, situación que incluso corroboró el testigo LEONARDO TORRES, del quien se corrobora que ingresó a un cargo inferior, en tanto que ingresa como mensajero, posteriormente fue cajero mixto y después cajero principal, momento en que solicitó judicialmente nivelación salarial al compararse con el señor JORGE IVAN AGUDELO, que de nueva cuenta, no se tiene prueba alguna que acredite que efectivamente su situación de nivelación fue diferente al aquí demandante, incluso al del señor LEONARDO TORRES, tan solo se acredita que éste último ingresó a laborar en un cargo inferior al demandante, y luego lo igualó a nivel de cargos, y que al desarrollar las mismas funciones, conforme el paralelo de las funciones realizadas por el señor Torres y el demandante, se observa que ejecutan las mismas funciones, en el mismo cargo, pero que el señor LEONARDO TORRES devenga un salario superior al del actor (fls. 761 – 762 y 765 – 766 del Archivo compilado 01 de la demanda).

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que no se acredita la justificación en diferencias salariales, puesto que de conformidad con el argumento expuesto por el apelante, no se logró acreditar siquiera sumariamente que la nivelación salarial reconocida primigeniamente al señor IVAN AGUDELO se realizó con una justificación diferente, y que obedeció precisamente a aumentos por 2 convenciones diferentes que le aplicaron a éste y que por tal razón se diferencia del aquí demandante.

Ahora, en lo que tiene que ver con la incidencia del permiso sindical, que para el apelante no se encuentra en condiciones de igualdad a otros compañeros de trabajo, pues el actor no ejerce ni la mitad del mes sus funciones, vale la pena recordar que, si bien no hay discusión al respecto, que el demandante goza de fuero sindical, con el cual al ejercer dicho derecho de manera frecuente mensualmente, no es razón de recibo para pretender que porque ejerce el permiso sindical a lo largo del mes, no proceda la nivelación salarial, por el contrario, debe garantizársele al igual que un trabajador no aforado, la nivelación salarial, si a ello hay lugar, trayendo a colación el artículo 1º del Convenio 98 donde el derecho de sindicación y Negociación colectiva que hace parte integrante del bloque constitucional.

Conforme lo anterior, argumentar que por el solo hecho de trabajar la mitad del mes y la otra mitad ejercer su derecho sindical iría en contra vía de todos los tratados internacionales y convenios que garantizan el derecho de asociación, pues no puede limitarse una nivelación salarial, solo por el hecho de ejercer el derecho sindical, pues a todas luces estaría desmejorando el ejercicio del permiso sindical del trabajador, sería un total contrasentido.

Finalmente, argumenta el apelante que, el demandante no ha tenido continuidad en el Banco demandado, como quiera que fue reintegrado después de muchos años, por sentencia judicial, sin embargo, recuérdese que los efectos de un reintegro es que no haya solución de continuidad, lo que se traduce que es como si nunca se hubiese desvinculado, por lo que tampoco es de recibo éste argumento, pues el hecho de que no haya ejercido materialmente por 14 años las funciones de ASESOR ESPECIAL, lo cierto es que fue por una causa imputable al empleador, tiempo durante el cual estuvo desvinculado, sin que ello signifique que no puede hacerse acreedor a la nivelación que pretende.

Luego entonces, del material probatorio reseñado resulta claro que las funciones que relaciona el accionante en la demanda, son propias del cargo de ASESOR ESPECIAL, actividad para la cual fue contratado y desarrolla durante el vínculo laboral, funciones que igualmente son desarrolladas por el señor LEONARDO TORRES, situación con la cual, no se logró acreditar la distorsión que aduce el apelante, con lo que resulta procedente acceder a la nivelación pretendida, conforme la certificación laboral de ambos trabajadores, en la que se destaca la antigüedad laboral que es similar, desempeñan las mismas funciones en el mismo cargo, no quedando otro camino que despachar desfavorablemente las súplicas del banco demandado y en su lugar, CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Link expediente digital: [11001310500520190026602](https://www.cajacosta.com/11001310500520190026602)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 010-2017-00284-02

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

DEMANDANTE: **MARÍA ISABEL ALFONSO LINARES**
DEMANDADO: **PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE Y DEMANDADA-PORVENIR S.A.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de apelación concedidos a favor de la parte demandante y demandada- PORVENIR S.A.- en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones, atendiendo lo ordenado en auto del 03 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARIA ISABEL ALFONSO LINARES, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., como aparece de folios 81 a 107 del archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que la fecha de pérdida de la capacidad laboral, lo fue el 31 de octubre de 2009, calenda en que efectuó la última cotización al sistema general en pensiones y no aquella establecida en el dictamen de calificación.

2. **DECLARAR** que cumple con los requisitos establecidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003.
3. **DECLARAR** que PORVENIR o COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión de invalidez, a partir del 31 de octubre de 2009, fecha en que perdió la capacidad laboral.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

4. **CONDENAR** a COLPENSIONES o PORVENIR a reconocer y pagar la pensión de invalidez, desde el 31 de octubre de 2009 enero de 2019, junto con el retroactivo generado debidamente indexado.
5. **CONDENAR** a la pasiva al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que, para el 1 de enero de 1999, fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, la asegurada se encontraba afiliada a COLPENSIONES, siendo la entidad llamada a responder por el beneficio pensional. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y prescripción. (folio 155-166 cuaderno 1).

El Juzgado de origen mediante auto del 3 de agosto de 2018, admitió el escrito de contestación presentado por **PORVENIR S.A.** y por proveído del 16 de octubre se dispuso la vinculación de **COLPENSIONES**, como litis consorte necesario (Folio 196 y 217 Carpeta 1)

COLPENSIONES, en su escrito de oposición enunció que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la calificación de pérdida de la capacidad laboral de la demandante, como quiera que se encuentra afiliada al RAIS, desconociendo además la densidad de semanas cotizadas, y la fecha de la última cotización. Propuso las excepciones prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación, entre otras (folio 223-230 cuaderno 1)

El juzgado de conocimiento, mediante providencia dictada el 27 de marzo de 2019, tuvo por contestado el libelo inicial, por parte de COLPENSIONES (folio 251)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de febrero de 2023, dispuso:

“PRIMERO: Se CONDENA a la demandada AFP PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la **PENSIÓN DE INVALIDEZ** de origen común a la demandante **MARIA ISABEL ALFONSO LINARES** a partir del 31 de octubre de 2009 en cuantía inicial de un Salario Mínimo Legal, para cada anualidad en 14 mesada pensionales con reajustes legales anuales correspondientes y debidamente indexada el retroactivo pensional que deberá pagar a partir del 17 de mayo de 2014, hasta la fecha que efectivamente se comience a pagar la pensión a la señora demandante y deberá indexar cada mesada pensional desde la causación de las mismas hasta la fecha efectiva de pago y se autoriza a Colpensiones de este retroactivo pensional a descontar los aportes de seguridad social en pensiones correspondientes, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Se DECLARA probada la excepción inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por COLPENSIONES, y en consecuencia se le absuelve de las pretensiones de esta demanda, en relación a la AFP PORVENIR S.A., se **DECLARA** probada la excepción parcialmente de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de mayo de 2014, en consecuencia se es absuelve de estas pretensiones frente a este retroactivo pensional y también se declara probada la de inexistencia de la obligación frente a la pretensión del pago de intereses moratorios el ar. 141 de la Ley 100 de 1993 y se le absuelve de esta pretensión, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. y se declaran no probadas las demás excepciones planteadas.

TERCERO: Se CONDENA en costas al AFP PORVENIR S.A., a favor de la demandante deben ser tasadas por secretaria e inclúyase agencias en derecho por la suma de \$4000.000 millones de pesos.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante como PORVENIR S.A., inconforme con la decisión adoptada, presentaron recurso de apelación.

La accionante mostró su inconformidad frente a la absolución impartida por intereses moratorios aduciendo que, si bien resultan incompatibles con la indexación, estos pueden ser más favorable para la asegurada; además que la Sala de Casación en diversos pronunciamientos ha indicado, que este rubro procede aun cuando se condena a la administradora a reconocer el beneficio pensional por enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas. Así mismo preciso que los intereses no tienen naturaleza sancionatoria, sino resarcitoria, por lo que no se debe analizar la conducta de la entidad para su prosperidad.

Mientras que **PORVENIR S.A.** insiste que no es la entidad encargada del reconocimiento de la pensión en la medida que para la calenda en que fue estructurada

la invalidez de la accionante, se encontraba vinculada a COLPENSIONES. Además adujo que el dictamen emitido por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., el que fue elaborado por médicos expertos y debidamente sustentado en la historia clínica y valoración interdisciplinaria quedó en firme, sin que la asegurada hubiese realizado alguna manifestación o inconformidad, por lo que a su juicio surtió todos los efectos jurídicos y no puede ser desconocido o darle validez al concepto de un juez, quien no tiene los suficientes conocimientos para variar o modificar la fecha de estructuración. Adicionalmente señaló que las cotizaciones efectuadas por la actora al RPM no han sido trasladadas al RAIS, dado que las mismas se ven reflejadas en un futuro mediante un bono pensional tipo A, que se destinara al financiamiento de las prestaciones a que pueda tener derecho en el Régimen de Ahorro Individual, sin que ello implicara otorgar la prestación. Finalmente expresó que se debe revisar la excepción de prescripción, en la medida que en su concepto este medio exceptivo afectó más mesadas de las señaladas por el A-quo.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Sí la señora MARIA ISABEL ALFONSO LINARES tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. 2. En caso afirmativo se habrá de analizar si hay lugar al pago de los intereses moratorios.

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL A LA DEMANDANTE:

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Así las cosas, cabe advertir que en este asunto no existe controversia sobre la condición de invalidez de la señora MARÍA ISABEL ALFONSO LINARES, quien fue calificada mediante dictamen realizado el 24 de agosto de 2011, en el cual, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., indicó que la pérdida de capacidad laboral era del 63,35%, de origen común, con fecha de estructuración de 1 de enero de 1999 (folio 17 del cuaderno 1 del expediente digital)

En ese orden de ideas, tenemos que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional en el caso concreto de la demandante es lo dispuesto en los artículos 38, 39, y 40 de la ley 100 de 1993 *-en su texto original-* las que en resumen enseñan que tendrán derecho a la pensión de invalidez aquellos afiliados que *“hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*, y además:

- a. Se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez
- b. Que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Ahora, en el presente asunto el Juzgado de conocimiento, determinó que, la fecha que se debía valorar para contabilizar las semanas era aquella en que la demandante efectuó su última cotización al sistema general en pensiones, mientras que PORVENIR, insiste en que debe adoptar la calenda en que fue estructurada la invalidez y por ende no es la entidad responsable del reconocimiento de la prestación.

Luego entonces, entiende esta Sala de Decisión que la controversia radica en determinar si es posible variar la fecha en que fue estructurada la invalidez de la accionante, para lo cual resulta pertinente indicar que en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los asegurados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de la misma, la Sala de Casación Laboral ha definido que los dictámenes, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas por el juez laboral, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria, y así lo dejó enunciado en la sentencia SL 1069 de 2021:

“El dictamen de las juntas de calificación de la invalidez no es una prueba solemne, puesto que la pérdida de la capacidad laboral y su origen se puede demostrar por otros medios de prueba. Es de anotar, que el juez del trabajo cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, por lo que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Con base a lo anterior, pasa a definirse concretamente en el caso de la demandante, cuando ocurrió esa pérdida de la capacidad laboral, para lo cual debemos acudir al Decreto 917 de 1999 *-vigente para la calenda de la calificación-*, que regula la fecha de

estructuración, de la siguiente manera:

“Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.”

Adicionalmente la Sala de Casación Laboral en la sentencia ya reseñada -SL1069 de 2021- ha establecido que, en casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la fecha de estructuración del estado de invalidez se puede modificar, en el sentido que, para determinar «*el momento real*» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar la prestación mencionada, se puede acudir también a los siguientes criterios: *i)* la calenda de emisión del dictamen mediante el cual se califica el estado de invalidez; *ii)* la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o *iii)* la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en sentencia la SU-588 de 2016, dispuso que en los casos de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas que cuentan con semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, las entidades pensionales deben verificar: *“(i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no era defraudar al Sistema.”*

Luego entonces se concluye que, resulta válido que en casos particulares se pueda acudir a una fecha distinta a la de la estructuración de la invalidez, para el conteo de semanas, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación. Lo anterior, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, garantizar también la sostenibilidad fiscal, por lo que en los asuntos como los reseñados se debe analizar por ejemplo el dictamen médico, las condiciones concretas del asegurado, la patología, así como el historial laboral, para determinar si el afiliado efectivamente ejecutó o desarrolló una actividad laboral y producto de ello, generó la vinculación al sistema al sistema general y la realización de los aportes.

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, se corrobora que, la patología generadora de la pérdida de la capacidad laboral se denomina **CARDIOPATIA CONGENITA CIV e HIPERTENSION PULMONAR OXIGENOREQUIRIENTE**, invalidez que fue estructurada por el ente competente, el 1 de enero de 1999, día en que se efectuó el cateterismo diagnóstico (folio 16 cuaderno 1).

Frente a este tipo de patología, la organización **NATIONAL HEART, LUNG AND BLOOD INSTITUTE**, ha indicado: *“Las cardiopatías congénitas, o anomalías cardíacas congénitas, son problemas en la estructura del corazón que están presentes al momento del nacimiento. Es posible que cambien el flujo normal de la sangre por el corazón.”*

Por otra parte, al observar la historia clínica de la accionante, se evidencia que tiene que estar en seguimiento y control de la patología que la aqueja, cada dos o tres meses, la que le ha generado incluso hospitalizaciones. Aunado a que de dicha documental se denota el avance negativo de la enfermedad, en consideración a que para los años 2006, 2007 y 2008, no se relaciona nada sobre el uso de oxígeno, mientras que en la consulta del 23 de septiembre de 2010, se dejó estipulado que la paciente requería de oxígeno solo en la noche (folio 284); Mientras en la cita del 9 de diciembre de 2010, el especialista ordenó el aumento de oxígeno y *“tener oxígeno portátil para tener en los traslados* (folio 271).

En la consulta del 2 de febrero de 2011, se relacionó en la epicrisis que, utiliza oxígeno permanente. Además, en dicho documento se dejó plasmado que la enfermedad *“restringe las actividades de la vida diaria”* (folio 255-256).

En el control del 14 de abril de 2011, se señaló *“PACIENTE CON CARDIOPATIA CONGENITA TIPO CIV PERIMENBRANOSA DUCTUS ARTERIOSO PERSISTENTE CON HIPERTENSION PULMONAR SEVERA SUPRASISTEMICA OXIGENO DEPENDIENTE PERMANENTE ANTIOGULADA ALTO RIESGO, ESTA INCAPACITADA PARA REALIZAR LABORES DE TODO TIPO INCLUIDO LOS GENERALES.”* (folio 260). Igualmente, en la revisión del 22 de octubre de 2012, el médico tratante enunció: *“PACWEINTE (SIC) CON CARDIOPATIA CONGÉNITA COMPLEJA NO CORREGIDA TIPO COMUNICACIÓN INTERVENTRICULAR (...) E HIPERTENSIÓN PULMONAR SEVERA SUPRSISTEMICA (SIC), SU EVOLUCION ES HACIA EL EMPEORAMIENTO Y DE MAL DIAGNOSTICO.”* (folio 40).

En la consulta del 8 de noviembre de 2012, el profesional médico dejó plasmado en la historia: *“La paciente debe seguir con oxígeno en forma crónica. El pronóstico de la HTP es malo por progresión de la enfermedad.”* (folio 43).

Adicionalmente se prueba de la historia laboral que, durante los años 2006, 2007, 2008, 2009, la demandante relacionó como ocupación *“empleada del servicio doméstico”*, en tanto en aquella fecha para el año 2011, indicó que no laboraba y que se había desafiliado de la AFP.

Por otra parte, del formulario de afiliación suscrito el 30 de septiembre de 2008, a la AFP PORVENIR S.A., más concretamente en el acápite de información de la vinculación laboral, la accionante describió que era trabajadora dependiente, que desarrollaba actividades en el centro integral ubicado en la Cra. 14aA 71A-59 de Bogotá, en el cargo de Asesora Comercial; a lo que se debe agregar que efectuó cotizaciones al sistema general en pensiones desde julio de 1998 hasta octubre de 2009, para un total de 320 semanas (folio 176 y 231 cuaderno1).

Por lo que en este orden se concluye del material probatorio que la demandante, acreditó los presupuestos enunciados en la sentencia SU-588 de 2016, así como en el precedente dictado por nuestro máximo órgano de cierre, para que la fecha de estructuración de la invalidez, pudiera ser una distinta a la establecida por la entidad de seguridad social que realizó la calificación, ya que la solicitud fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, además con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, efectuó 298,28 semanas de cotización, y estos aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Cabe destacar, que la fecha de estructuración emitida por SEGURO ALFA, lo fue el 1 de enero de 1999, en tanto de la planilla expedida en su momento por el ISS, se evidencia que el historial laboral de la demandante empezó en el año 1998 y finalizó en el 2009, lo que indica que el procedimiento medico llamado *“cateterismo”*, no limitó o disminuyó la capacidad laboral de la actora, sumado a que no se requiere de conocimientos especializados para establecer que la patología es congénita, toda vez que así se corrobora de forma clara y sin mayores dificultades de la epicrisis.

Así las cosas, esta Sala de Decisión considera que en nada erró el Juzgado de conocimiento en determinar que la pérdida real de la capacidad laboral lo fue a partir de la última cotización, esto es, 31 de octubre de 2009, por lo que al contabilizar los tres años anteriores, es decir, desde el 1 de noviembre de 2006 hasta el 31 de octubre de 2009, se verifica que la afiliada cotizó un total de 70.14, semanas, por lo que se acredita entonces el requisito de tiempo para acceder al derecho pensional, el cual será

equivalente al salario mínimo, en la medida que frente a este aspecto no hubo reparo por parte de la demandante. Sin embargo, se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2014, tal como pasa a enunciarse:

Los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS establecen un término de tres años para que el acreedor reclame, contados a partir del momento de exigibilidad de la obligación, e igualmente este medio exceptivo se interrumpe por una única vez, con el simple reclamo del trabajador.

Así, se tiene que, en esta controversia, la pensión fue solicitada el 07 de diciembre de 2011, requerimiento que fue atendido el 9 de mayo de 2012, mientras que la acción ordinaria fue radicada el 17 de mayo de 2017, es decir, después de transcurrido tres años, por lo que la calenda en que fue presentada la demanda sirvió de extremo para contabilizar este fenómeno jurídico.

En esa medida PORVENIR S.A., deberá pagar el retroactivo pensional generado desde el 17 de mayo de 2014 hasta la data en que la asegurada sea incluida en nómina de pensionados.

INTERESES MORATORIOS

Los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden cuando existe retardo en el pago de las mesadas pensionales, como quiera que las entidades de seguridad social se encuentran obligadas al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones, tal como lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.

En esa medida, los mismos están contemplados para reparar los efectos ocasionados por el pago tardío de la pensión a la que hubiere lugar y no como una sanción al deudor, por lo que su naturaleza es netamente resarcitoria y no sancionatoria, por lo tanto su imposición no está sometida a estudiar la conducta de la administradora de pensiones o si su actuar estuvo revestido de buena fe, incluso es ajeno a *«las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas»*, pues solo basta con que se verifique una tardanza en el pago de las respectivas mesadas pensionales. (CSJ SL10728-2016, CSJ SL662-2018 y CSJ SL1440-2018).

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral –SL 5013 de 2020–ha previsto una serie de eventos en los que se exceptúa el pago de los mismos, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Entre ellos, por ejemplo, se encuentran cuando: i) se

actúa en acatamiento de la disposición legal aplicable, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial; *ii)* existe conflictos entre posibles beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria, *iii)* se trata de pensiones convencionales *iv)* por virtud del principio de la condición beneficiosa.”

En este orden, evidencia la Sala que PORVENIR negó el derecho pensional, en acatamiento de la disposición legal aplicable para la fecha de estructuración, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial, en el que se ha indicado que es posible variar esa calenda en casos excepciones, por lo que, al incurrir en una de las causales enunciadas, hay lugar a la exoneración de este rubro.

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO.

En el asunto bajo examen, es Porvenir S.A, la entidad que debe reconocer la pensión de invalidez a la asegurada, pese a que inicialmente se determinó que, para la fecha de estructuración de la invalidez establecida en el dictamen, estaba vinculada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

Lo anterior obedece a que el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, que consagra que validada la afiliación pensional y una vez cobre plenos efectos de ley, en los términos allí señalados, surge para el nuevo ente administrador la obligación de reconocer las prestaciones económicas que correspondan.

Sumado a que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5183 de 2021, precisó: *“En el anterior contexto, para la Sala no es admisible que aun cuando la estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión ocurrió en una administradora de pensiones anterior, pero no había sido declarada formalmente, el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar. Sin duda, este criterio desconoce el referido derecho de elección y, además, nótese que eventualmente puede desconocer las reglas temporales mínimas de traslado entre regímenes pensionales, sin que al respecto la ley contemple una excepción cuando la estructuración del riesgo se fija para una vinculación previa.”*

A lo que se advierte, que según las consideraciones esbozadas precedentemente la fecha real de estructuración de la invalidez de la accionante, lo fue en octubre de 2009, fecha para la cual ya se encontraba vinculada a PORVENIR S.A.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia dictada en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de febrero de 2023, según se expuso.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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

Los magistrados,

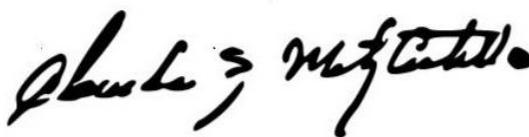


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501020170028402](https://www.cjec.gov.co/portal/seguridad-social/11001310501020170028402)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 010-2018-00278-02

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

DEMANDANTE: **GLORIA MARIA BONILLA PACHÓN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, VIRNA DALILA DIAZ FUQUENE Y
LEILA SORAYA DIAZ FUQUENE**
ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad accionada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 12 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 18 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA MARIA BONILLA PACHÓN**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece de folios 50-59, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente el señor LUCAS DIAZ CASTIBLANCO.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

2. **CONDENAR a COLPENSIONES** al pago de la pensión de sobrevivientes, desde la fecha de fallecimiento de su compañero permanente.
3. **CONDENAR** al pago del retroactivo pensional, junto con los reajustes legales.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la demandante además de no probar el requisito de convivencia por un periodo mínimo de cinco años con el pensionado, la prestación fue reconocida a favor de la señora CAMILA FUQUENE, quien acreditó la calidad de cónyuge y la convivencia. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, entre otras.

Mediante proveído del 27 de septiembre de 2018, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 85 carpeta 1).

Por auto del 11 de octubre de 2019, el A-quo declaró que ante el fallecimiento de la señora CAMILA FUQUENE, a quien la entidad accionada le reconoció el derecho pensional, debían comparecer al proceso las hijas de la beneficiaria, esto es, las señoras LEILA SORAYA DIAZ FUQUENE y VIRNA DALILA FUQUENE, como herederas determinadas, así como los herederos indeterminados (folio 121)

Las señoras LEILA SORAYA DIAZ FUQUENE y VIRNA DALILA FUQUENE, contestaron demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la demandante no convivió con el demandante durante los periodos señaladas en el libelo introductorio. Propusieron las excepciones de abuso del derecho, cosa juzgada, temeridad, mala fe y genérica.

Por auto del 8 de marzo de 2022, el Juzgado dispuso dar por contestada el escrito de contestación por parte de los herederos indeterminados de la señora CAMILA FUNEQUE.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 12 de julio de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: CONDENAR A la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora GLORIA MARIA BONILLA PACHON en calidad de compañera permanente del señor LUCAS DÍAZ CASTIBLANCO, en el en un 41.44 % a partir del 22 de mayo de 2017 hasta el 27 de noviembre de 2017 que venía disfrutando el señor LUCAS DÍAZ CASTIBLANCO, por ende el pago del retroactivo que asciende a la suma de \$2.216.497 y a partir del 28 de noviembre de 2017 acrece al 100% el valor de la pensión a la suma mensual de \$ 867.357 a favor de la demandante GLORIA MARIA BONILLA PACHON por el fallecimiento de la beneficiaria de la pensión como conyugue supérstite CAMILA FUQUENE DE DÍAZ, y retroactivo que deberá ser pagado POR COLPENSIONES debidamente indexado entre la fecha de causación de cada mesada y la fecha efectiva de pago pensional hay se autoriza a la demandada a realizar los descuentos en salud del retroactivo pensional que deba pagar a la señora GLORIA MARIA BONILLA PACHON desde el 22 de mayo de 2017 hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados, se reconoce en 13 mesadas pensionales con los reajustes anuales legales correspondientes, De conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de no configuración al pago de intereses moratorios propuesta por la demandada COLPENSIONES y PROBADA LA EXCEPCIÓN de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir respecto a los descuentos en salud y se declara no probadas las demás. y por lo tanto se absuelve a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la pretensión de intereses moratorios y de no realizar descuentos en salud, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: SE CONDENAN en costas esta instancia, tásense por secretaría e inclúyanse como agencia en derecho a favor de la señora demandante GLORIA MARIA BONILLA PACHON, por parte de COLPENSIONES en la suma de \$3.000.000.

CUARTO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, por las condenas impuestas a COLPENSIONES.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a Colpensiones, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado LUCAS DIAZ CASTILBLANCO.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de un afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor LUCAS DIAZ CASTILBLANCO, a quien el ISS le reconoció una pensión de vejez, con Resolución n.º6840 de 2000, a partir del 1 de mayo 2000, en un valor equivalente a \$370.599, falleció el 22 de mayo de 2017. Así mismo que, mediante Acto Administrativo SUB 148862 del 4 de agosto de 2017, la entidad accionada le reconoció una sustitución pensional a la señora CAMILA FUQUENE DE DIAZ, en calidad de cónyuge del pensionado, a partir del 1 de julio de 2017, en cuantía de \$867.351 (folio 29 expediente digital)

Por lo anterior, la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

“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 permanentes 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 (...).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Así las cosas, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que *“Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”*.

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata de un pensionado fallecido, y toda vez que se está alegando la calidad de compañera permanente, se requiere de un tiempo mínimo de convivencia de cinco años, inmediatamente anteriores al deceso del asegurado.

Así lo explicó la Sala de Casación Laboral en sentencias con n.º de radicado 22560 de 2005, 32393 de 2008 y 34785 de 2017, al señalar que es ineludible a la compañera permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste.

En este orden, tenemos que la señora GLORIA MARÍA BONILLA PACHON, aseguró en libelo introductorio que convivió con el asegurado *“POR MAS DE (40) CUARENTA AÑOS ININTERRUMPIDAMENTE CON EL CAUSANTE SR. LUCAS DIAZ CASTIBLANCO (Q.D.P.S) **HASTA EL DÍA DE SU MUERTE EL 22 DE MAYO 2017.**”* No obstante, COLPENSIONES, negó la prestación a favor de la aquí demandante, como quiera que no se probó el requisito de convivencia, por un término mínimo de cinco años.

Así las cosas, se tiene que la demandante incorporó como prueba una declaración extrajuicio rendida ante la Notaria Cuarenta del Círculo de Bogotá, el día 17 de julio de 2017, en la que relacionó que convivió con el señor LUCAS DIAZ CASTILBLANCO *“durante cuarenta (40) años, durante todo este tiempo convivimos de forma permanente e ininterrumpida, compartiendo mesa, techo y lecho, hasta la fecha de fallecimiento de mi compañero permanente.”*

A lo que se agrega que, en la investigación administrativa que adelantó en su momento el ISS, hoy COLPENSIONES, determinó que la demandante estuvo conviviendo con el pensionado en un unión marital de hecho, pero que no se pudo constatar ese requisito de la convivencia durante los últimos cinco años: *“Se estableció que el señor Lucas Díaz Castiblanco de 78 años, estuvo en unión libre con la señora Gloria María Bonilla Pachón de 64 años, convivieron su relación desde el año 1976, sin embargo no se logró establecer una convivencia de los últimos 5 años hasta el día 22 de mayo del año 2017, fecha en la que se muere el causante por falta de evidencia material probatorio, de dicha relación tuvieron tres hijos, los cuales en la actualidad son mayores de edad.”* Lo que indica que en sede administrativa, el derecho pensional fue negado por falta de pruebas, mas no porque estas hubiesen sido contradictorias o hubiesen dado a conocer situaciones o circunstancias distintas a las relatadas por la actora.

Aunado a que dentro del presente trámite se escuchó la declaración de MARCO ANTONIO DIAZ BONILLA, quien en su testimonio precisó que sus padres biológicos son la señora GLORIA BONILLA y el pensionado LUCAS DIAZ, pero que su madre de crianza lo fue la señora CAMILA FUQUENE, quien fue la esposa de su padre y quien recibió la pensión con ocasión al fallecimiento de éste. Aseguró que nunca ha convivido con la demandante, pero que la llama cada dos o tres días y la visita cada mes. Que, a pesar de la distancia tiene conocimiento que su progenitor convivió de manera simultánea con la señora FUQUENE y la accionante: *“mi papá duro un tiempo que se fue de la casa, convivió con Gloria y después él ya estaba en los dos hogares (...) iba unos días a un hogar y después iba al otro hogar”* Seguidamente manifestó que lo anterior ocurrió como en el año 1988, que durante ese tiempo nació su hermana Francy, dejando claro que su padre *“toda la vida convivió en los dos hogares”*

Entre tanto el testigo BERLAMINO SORACA, manifestó que conoció a la demandante y su compañero permanente el señor LUCAS DIAZ, por un periodo de 40 años, tiempo durante el cual convivieron: *“viviendo aquí en la casa donde la señora Gloria vive hoy”* que dicha vida en común se extendió hasta el fallecimiento del asegurado; que el pensionado previo a su deceso estuvo

hospitalizado por un lapso de cinco días, estando al cuidado de la señora GLORIA BONILLA y las hijas.

Así mismo la testigo ARACELY COBOS TORRES, expresó en su testimonio, que conoce a la demandante hace 40 años, tiempo durante el cual convivió con el señor LUCAS DIAZ, quien fue su compañero permanente: *“pues a mí me parecía que era normal, como una pareja, como un matrimonio (...) ellos compartían, a veces los días domingos compartíamos todos, por ser vecinos”*

Las anteriores afirmaciones también fueron expuestas por los testigos ARACELY COBOS y BELARMINO SORACA ante la Notaria 40 del Círculo de Bogotá, al manifestar: *“Conocimos de vista, trato y comunicación durante cuarenta (40) AÑOS, respectivamente al señor LUCAS DIAZ CASTIBLANCO (Q.E.P.D) quien en vida se identificó con cédula de ciudadanía número 17.008.564 de Bogotá D.C. y quien falleció el día 22 de Mayo de 2017, por dicho conocimiento sabemos y nos consta que el convivió en unión marital de hecho durante cuarenta (40) años con la señora GLORIA MARIA BONILLA PACHÓN.”*

En consecuencia, es evidente del acervo probatorio reseñado, que existió una real y efectiva convivencia entre el demandante y la causante, siquiera por espacio de más de 40 años hasta la fecha del deceso del asegurado, que ocurrió el 22 de mayo de 2017, prestación que se causó a partir de esta última calenda.

Ahora, cabe precisar que el porcentaje otorgado a favor de la demandante - 41.44%- por parte del Juzgado de primera instancia, entre el 22 de mayo de 2017 y hasta el 27 de noviembre de esa misma anualidad, no fue objeto de controversia por parte de la actora, por lo que realizadas las correspondientes operaciones aritméticas, se obtuvo un total de \$2.408.182, por mesadas causadas dentro de los extremos señalados en líneas precedentes, teniendo en cuenta que la cuantía de la mesada que percibía el pensionado para la fecha del deceso, lo era de \$867.351, empero modificar la decisión del juez, haría más gravosa la situación de COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

La prestación se acrecentó en un 100%, a partir del 28 de noviembre de 2017, ante el fallecimiento de la señora CAMILA FUQUENE DE DIAZ, ocurrido el 27 de noviembre de esa anualidad (folio 99 expediente digital).

Por último, cabe precisar que el medio exceptivo de la prescripción no afecto ninguna mesada, ya que el derecho se causó el 22 de mayo de 2017, con el fallecimiento del pensionado, en tanto la demanda fue radicada el 9 de mayo de 2018, y notificada a la entidad convocada a juicio el 11 de julio 2018 (folio 60 y 65)

es decir, no transcurrió el termino trienal contemplado en el artículo 151 del C.P.T y S.S., entre una y otra actuación.

En esa medida la sentencia de primera instancia será confirmada, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a reconocer el beneficio pensional a favor de la demandante GLORIA BONILLA PACHÓN desde el 22 de mayo de 2017, en cuantía de \$359.430, esto es, equivalente al 41.44%, precisando que el retroactivo generado hasta el 27 de noviembre de 2017, es la suma señalada por el A-quo, es decir, \$2.216.497, acrecentándose a partir del 28 de noviembre de 2017, dado el deceso de la otra beneficiaria.

Así mismo se advierte que el retroactivo deberá ser indexado al momento de su pago, y teniendo en cuenta las 13 mesadas señaladas en la sentencia, aun cuando para esta Sala especializada eran 14 mesadas anuales, como quiera que se trató de una sustitución, por lo que debió reconocerse en las mismas condiciones de la prestación inicial y otorgada al señor LUCAS DIAZ.

Lo anterior, toda vez que se causó con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 -1 de mayo de 2000-, y así lo ha dejado sentado nuestro máximo órgano de cierre en las sentencias SL-13267 de 2016 y SL 5597 de 2021 y en observancia plena al respeto a los derechos adquiridos.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 12 de julio de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501020180027802](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 012-2021-00152-01

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

DEMANDANTE: LUZ STELLA BAUTISTA ROSERO
DEMANDADO: FABRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA SAS
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **LUZ STELLA BAUTISTA ROSERO**, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía **FABRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA SAS**, debidamente

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, con la sociedad convocada a juicio, vigente desde el 1 de enero de 2020 y el 30 de septiembre de 2022.
2. **DECLARAR** que el contrato de trabajo se prorrogó de manera automática en tres ocasiones.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a la pasiva a pagar los salarios, prestaciones sociales y vacaciones, atendiendo la modalidad del contrato de trabajo celebrado y las prorrogadas del mismo.
2. **CONDENAR** a compañía accionada, a pagar la indemnización por despido injusto, prevista en el artículo 64 del C.S.T
3. **CONDENAR** a la entidad demandada a pagar los daños morales ocasionado por el mal trato generado durante la vigencia de la relación laboral.
4. **CONDENAR** al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T
5. Indexación de las sumas adeudadas.
6. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La sociedad **FABRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA SAS**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que inicialmente suscribió con la accionante un contrato a término fijo, el que terminó por renuncia de la trabajadora, suscribiendo un nuevo contrato a término indefinido, el que fue finalizado de manera unilateral por el empleador, pagando la correspondiente indemnización. Así mismo adujo que, durante la vigencia y a la culminación de cada uno de los vínculos canceló las acreencias laborales. Propuso las excepciones de temeridad, mala fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, entre otras.

Por proveído del 10 de diciembre de 2021, el Juzgado de conocimiento, admitió el escrito de defensa presentado por la entidad llamada a juicio.

“PRIMERO. DECLARAR, que entre **LUZ ESTELA BAUTISTA ROSERO** y **FÁBRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA S.A.S** existieron dos contratos de trabajo a término fijo y uno a término indefinido así:

a. contrato a término fijo suscrito del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2018 para desempeñar el cargo de auxiliar contable con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

b. Contrato a término fijo suscrito del 1 de febrero al 31 de diciembre de 2019 para desempeñar el cargo de auxiliar contable con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

c. Contrato a término indefinido del 1 de febrero al 22 de mayo de 2020 para desempeñar el cargo de auxiliar contable con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

SEGUNDO. CONDENAR, a **FÁBRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA S.A.S** a pagar a la demandante la indemnización por despido de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al contrato a término fijo suscrito el 1 de febrero de 2019 en la suma de \$6.624.928.

TERCERO. CONDENAR, a la demandada a pagar a la accionante la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el no pago oportuno a las prestaciones sociales causadas sobre el contrato de trabajo a término indefinido por valor de \$11.821.080.

CUARTO. ABSOLVER, a **FÁBRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA S.A.S** de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. COSTAS, a cargo de la demandada e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.015.000 equivalente al 5.5% de las condenas impuestas.”

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, con el fin de obtener su revocatoria. Insiste en que celebró con la demandante tres contratos de trabajo, el primero vigente desde el 1 de mayo al 31 de diciembre de 2018, el que fue terminado y liquidado, mientras que el otro acuerdo se suscribió a término fijo, por un lapso

todo el mes de enero de 2020, corroboran que la intención de las partes fue suscribir un nuevo contrato en febrero de 2020.

Por otra parte, alegó lo referente a la condena por indemnización moratoria, asegurando que actuó de buena fe, como quiera que consignó oportunamente lo que creía deber a la accionante, actuación que fue notificada a la trabajadora. Adujo que el juzgado desconoció el estado de emergencia y salubridad que se presentó en el año 2020, con ocasión a la pandemia, tiempo durante el cual no se conocía con claridad sobre la forma y el trámite para el reparto de los títulos judiciales, circunstancias que generó un retardo en el pago, pero no por causas imputables al empleador, aunado a que así lo acepta la actora al relatar los hechos sustento de las pretensiones.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar las condiciones en que se desarrolló el contrato de trabajo suscrito entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de 2019, para establecer la naturaleza de ese vínculo contractual y si hay lugar o no al pago de la indemnización por despido injusto, así como el pago de la indemnización moratoria frente al contrato celebrado el 1 de febrero de 2020 y finalizado el 22 de mayo de esa misma anualidad.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En esta instancia cabe precisar que no existe discusión, frente a la configuración de tres contratos de trabajo, celebrados entre las partes en litigio, durante los extremos que a continuación se relación, como quiera que así se dejó sentado en la sentencia de primera instancia:

1. CONTRATO A TÉRMINO FIJO suscrito del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2018 para desempeñar el cargo de auxiliar contable con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

2. CONTRATO A TÉRMINO FIJO suscrito del 1 de febrero al 31 de diciembre de 2019 para desempeñar el cargo de auxiliar contable con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

3. CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO del 1 de febrero al 22 de mayo de 2020 para desempeñar el cargo de auxiliar contable con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente para

trabajadora, por lo que en su concepto había lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T

Entre tanto, la compañía convocada a juicio insiste en que se debe absolver de dicha condena, como quiera que del escrito inicial y de las pruebas obrantes dentro del proceso, es posible concluir que dicho vínculo culminó por renuncia de la trabajadora.

En este orden de ideas, es bien sabido que el contrato de trabajo se caracteriza por ser consensual, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo y oneroso, ello de conformidad con la definición enunciada en el artículo 22 del C.S.T, y los elementos para su configuración, establecidos en el artículo 23 del mismo precepto jurídico.

Luego, en atención a esas características el empleador goza de libertad para escoger la modalidad de vinculación que más le convenga de acuerdo a las particularidades que afronte, o que las dos partes, en cierto momento de la relación, decidan libre y voluntariamente, terminarla para empezar otro vínculo o para modificar el ya existente, empero ello no puede ir en contravía de los derechos mínimos de los trabajadores y preceptos jurídicos que regulan la materia, por lo que en cada caso en particular, se debe verificar si en realidad la suscripción de varios contratos de trabajos a término fijo, configuran una posible unidad contractual, real y material.

Por otra parte, el artículo 1602 del Código Civil, establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causales legales.

A lo que se agrega que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL15610 de 2016, expuso:

“Es indiscutible que el marco jurídico que regula las relaciones laborales, está previsto que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, la Sala ha dicho que los empleadores tienen la «libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...» (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 54003 y CSJ SL8693-2014).

legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios.

Es por ello que la jurisprudencia de esta Sala siempre se ha orientado a determinar que el contrato de trabajo a término fijo constituye una de esas modalidades legales de vinculación que no ha perdido legitimidad y puede ser utilizada libremente por las partes dentro de los precisos límites normativos, de modo que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015)."

Luego entonces, de lo anterior es viable concluir que el contrato de trabajo a término fijo es una de esas modalidades contractuales determinadas por el legislador, la cual no ha perdido legitimidad y que puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades y, dentro de los precisos límites establecidos legalmente.

Por otra parte, el artículo 46 del C.S.T, indica que si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

Así las cosas, realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, tenemos tal cómo se reseñó en líneas anteriores, existe certeza de la suscripción de dos contratos de trabajo a término fijo, y uno a término indefinido.

Ahora, como quiera que el contrato objeto de inconformidad es aquel que se suscribió por el año 2019, esto es, entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de esa anualidad, pasa la Sala a definir si hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto.

Al verificar cada una de las pruebas aportadas al plenario, no se evidencia que el empleador hubiese avisado por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, por lo que en principio le asistiría razón a la accionante en cuanto a que el mismo continuó, de no ser porque a folio 36 de la carpeta 1, obra una "LIQUIDACION PRESTACIONES SOCIALES", documento que se encuentra firmado por la demandante, en señal de aceptación, por lo que entiende esta Sala que las partes de común acuerdo decidieron dar por finalizado el mismo. máxime

Adicionalmente, nótese como en el escrito de demanda, la accionante expuso: *“Que la liquidación del contrato que se celebró desde el 01 de febrero al 31 de diciembre de 2019 se efectuó el 31 de diciembre de 2019.”*

Por otra parte en el hecho 5 del libelo inicial, se indicó que para el año 2020 inició labores el 1 de febrero, mediante un contrato a término indefinido, modalidad que quedó definida en la sentencia de primera instancia, por lo que se concluye que, al haberse suscrito un nuevo contrato en la citada anualidad, las partes de común acuerdo decidieron finalizar cualquier vínculo anterior.

A lo que se agrega que la accionante no demostró, que al momento de la celebración, firma o suscripción de los diversos contratos de trabajo, se hubiese presentado algún vicio en su consentimiento, para restarle validez o dejar sin efectos los mismos, sino por el contrario cada uno gozó de esa presunción de legalidad, por lo que no hay lugar a variar o modificar la modalidad o naturaleza del contrato que unió a las partes en litigio, pues se repite se trata de acuerdos de voluntades, que no afectaron ningún derecho del trabajador, ni violaron norma o precepto jurídico alguno.

Lo anterior, dado que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P, aplicado por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y S.S., le correspondía a la demandante, probar ese vicio en el consentimiento, situación que no aconteció, tan es así que ni siquiera en el escrito de demanda, hace alusión algún engaño, fuerza o dolo, ni durante el recaudo de pruebas o trámite en la primera instancia.

Adicionalmente, no existe prueba dentro del plenario que demuestre, que la prestación personal del servicio se realizó sin solución de continuidad, por el contrario, se evidencia interrupción de más de un mes entre el contrato finalizado en el año 2019 y aquel celebrado en el 2020.

En este orden de ideas, dado que la modalidad fijada por el empleador en cada uno de los contratos de trabajo, la que fue aceptada por la trabajadora gozó de plena validez y legalidad, sumado a que la accionante no demostró vicio alguno en su consentimiento para la calenda en que se firmó cada uno de los vínculos;

modalidad diferente, por lo que no hay lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Por último se debe advertir que reiterada jurisprudencia ha enseñado que corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al empleador la justa causa, para exonerarse de indemnizar los perjuicios -SL2096 de 2021-, empero, la actora no cumplió con su carga, pues de ninguna de las pruebas es posible establecer que el vínculo laboral hubiera terminado por decisión unilateral del demandado, máxime cuando se repite que la demandante firmó la liquidación del contrato de trabajo suscrito en el año 2019, como señal de aceptación de finalizar el mismo, actuación que se corrobora aún más con la celebración de uno nuevo para febrero de 2020.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para revocar la sentencia de primera instancia en este aspecto, y en su lugar ABSOLVER a la sociedad convocada a juicio de este rubro.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El artículo 65 del CST, establece que le corresponde al empleador cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral, salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago, la imposición de una indemnización. De igual manera señala que, si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

A lo anterior se agrega, que su aplicación no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago.

Así las cosas, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena

“Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que, para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe”

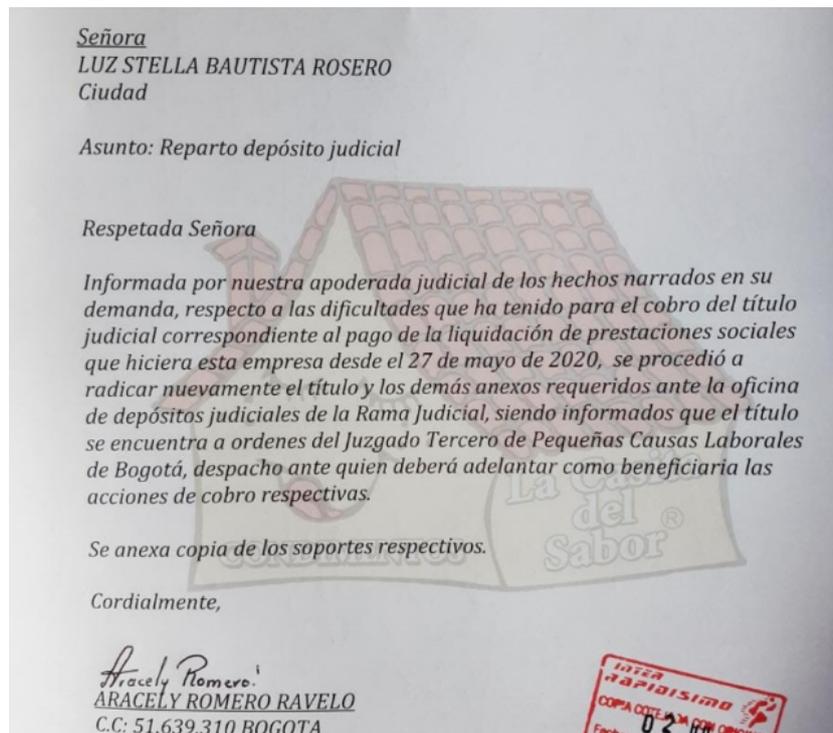
La parte demandada, alega que se debe exonerar de dicha sanción, como quiera que procedió a pagar las acreencias laborales mediante depósito judicial, actuación que fue notificada a la demandante.

Luego entonces, tenemos que el último contrato suscrito por las partes en controversia culminó el 22 de mayo de 2020, por decisión unilateral del empleador, procediendo este a constituir el 27 de mayo de esa anualidad el título judicial que contenía la indemnización por despido injusto, prestaciones sociales y vacaciones. Así mismo que, la sociedad procedió a notificar dicha actuación a la accionante, pero sin entrega positiva, como quiera que la empresa de mensajería devolvió el memorial, el 26 de mayo de 2020, por “RESIDENTE AUSENTE”. Sin embargo, la demandante en la acción ordinaria, concretamente en el hecho 25 manifestó que recibió el citado documento: *“Que con posterioridad al 18 de mayo de 2020, fueron allegados a mi poderdante mediante correspondencia la carta de remisión de documentos de terminación de contrato, como la carta de despido, certificación laboral, liquidación del contrato con indemnización por despido sin justa causa y un título de depósito pago por consignación en el Banco Agrario de Colombia, todo en copia no en original, ya que la señora ARACELY (representante legal y gerente de la empresa) se quedó con los originales.”*

Sin embargo, adujo que el 13 de agosto de 2020, se dirigió al Banco Agrario, pero que, no pudo retirar el dinero, ya que requería autorización del juzgado y el documento original del título.

Ahora, pese a que la entidad accionada informó a la demandante sobre la

demandada procedió a señalarle a la actora que el título estaba a órdenes del Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales.



Frente al tema resulta pertinente traer a colación la sentencia 28090 de 2006, criterio reiterado en providencia SL 793 de 2022:

“importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

En este orden de ideas, en nada erró el Juzgado de conocimiento en condenar al pago de la indemnización moratoria, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y hasta el 6 de julio de 2021, cuando la accionada comunicó que el título judicial había sido sometido a reparto para el pago por consignación, y si bien la sala no desconoce la situación de salubridad que se presentó a nivel mundial durante el año 2020, con ocasión a la pandemia por el COVID-19, lo cierto es que dentro del plenario no existe alguna gestión realizada por la pasiva, para hacer efectivo a la brevedad el pago.

COSTAS:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022, por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ABSOLVER a la sociedad **FÁBRICA DE CONDIMENTOS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA CASITA DEL SABOR ROMERO CIA S.A.S.**, de la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del C.S.T, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los magistrados,

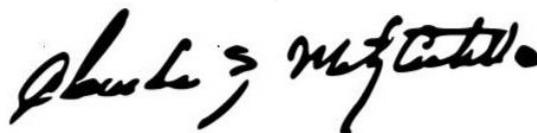


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 017-2021-00446-01

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

DEMANDANTE: NELSY JEANNETTE SALAMANCA CORTES
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte accionante y demandada PORVENIR S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **NELSY JEANNETTE SALAMANCA CORTES**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.** como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR, a restituir a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a vincularla en el régimen que administra y a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la accionante para el momento de suscribir el formulario de vinculación recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, acerca del funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (folio 1-33 carpeta 05)

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que de las pruebas obrantes dentro del proceso es posible determinar que el traslado efectuado por la actora al Régimen de Ahorro Individual, se efectuó de manera libre, voluntaria, y debidamente informada. Propuso las excepciones de perfeccionamiento de los actos de relacionamiento, inexistencia del derecho, saneamiento de la nulidad, pago de lo no debido, prescripción, entre otras (folio 1-15 carpeta 6)

El Juzgado de conocimiento por auto del 09 de septiembre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (carpeta 7).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 30 de noviembre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, saneamiento de la nulidad y

prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora NELSY JEANNETTE SALAMANCA CORTES identificada con la C.C. 1.817.078, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora SALAMANCA CORTÉS, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES como administradora de ese régimen, tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, debiendo además devolver gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores utilizados en seguros previsionales, y los rendimientos e intereses causados. Deberá además devolver los gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A., a favor de la demandante, y convalidarlos en su historia laboral, a efectos de determinar la densidad de cotizaciones que representarían en ese régimen los valores devueltos por PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación respectiva, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES...”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

PORVENIR S.A. insiste en que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, como quiera que el mismo se efectuó de manera libre, voluntaria y consciente por parte de la afiliada, tal como se evidencia del formulario de afiliación, al cual no se le otorgó el valor probatorio correspondiente, más cuando para el año 1997, no se requería constituir documentos adicionales al formulario.

Enunció que en atención a la libertad probatoria que le asiste a cada parte, acudió al interrogatorio de parte, a través del cual se pudo corroborar que la accionante conoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló ese cambio de régimen pensional, por lo que a su juicio quedó debidamente demostrado que esa actuación estuvo precedida de una asesoría en la que se le ilustró a la demandante sobre las características esenciales del RAIS.

Finalmente adujo que, tampoco hay lugar a restituir los gastos de administración, ni seguros previsionales debidamente indexados, habida cuenta que además de

tratarse de descuentos legales, se cumplió con el objetivo, consistente en garantizar una rentabilidad mínima y la administración de los aportes, aunado a que los rendimientos resultaron superiores a los que le hubiese correspondido de permanecer en el RPM. Finalmente, preciso que esa agencia oficiosa involuntaria también conllevaba al reembolso de la utilidad obtenida, esto es, a entregar únicamente los rendimientos de los aportes, de una vinculación que perduro más de 20 años.

Entre tanto **COLPENSIONES**, señaló que se debe revocar la condena en costas, ya que actuó de buena fe, aunado a que no participó en el acto de traslado y existía un límite para retornar el régimen de Prima Media, el cual no puede ser desconocido.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por NELSY JEANNETTE SALAMANCA CORTES el día 2 de abril de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 02 de abril de 1997 (fl 34 y 83 del archivo 04 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera

que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una

tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

- 10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo. **AFP PORVENIR S.A.:** Certificado de existencia y representación legal, historia válida para bono pensional, certificado de vinculación a la mencionada AFP, formulario de vinculación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, historial de vinculaciones, concepto emitido por la Superfinanciera y comunicados de prensa.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información brindada el día 2 de abril de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 2 de abril de 1997, la demandante tenía 16.86 semanas (historia laboral folio 59 carpeta 2 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 22 de septiembre de 1966 fl 53 del archivo 2 del

expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el 4 de noviembre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A.. que obra en los fls 71 y 72 del archivo 05 del expediente digital, la demandante había cotizado 1234 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental

la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 2 de abril de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el

consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así

*como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de

seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente **CONFIRMAR** la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado la demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, como quiera que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **NELSY JEANNETTE SALAMANCA CORTES** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 2 de abril de 1997.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

En cuanto a la condena en costas que debe asumir COLPENSIONES, se debe indicar que, en los asuntos como el que nos ocupa -nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional- este rubro debe fijarse únicamente a cargo de los fondos de

pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones y en esa medida debe ser revocada la providencia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas impuesta por el Juzgado de origen.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el A quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA, proferida el 30 de noviembre de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas causadas durante el trámite de la primera instancia, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

Los magistrados,

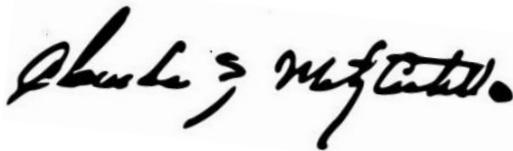


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501720210044601](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 017-2022-00048-01

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

DEMANDANTE: **ANASTACIA CONTRERAS CONTRERAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte accionante y demandada PORVENIR S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 28 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **ANASTACIA CONTRERAS CONTRERAS**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.** como aparece en el archivo 02 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

2. DECLARAR que nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, y por tanto siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR, a restituir a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales y demás valores causados con motivo de su afiliación, como gastos de administración.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a vincularla en el régimen que administra, a recibir todos los dineros provenientes del RAIS y actualizar la historia laboral.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la accionante para el momento de suscribir el formulario de vinculación recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, acerca del funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (folio 3-37 carpeta 05)

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que de las pruebas obrantes dentro del proceso es posible determinar que el traslado efectuado por la actora al Régimen de Ahorro Individual, se efectuó de manera libre, voluntaria, y debidamente informada. Propuso las excepciones de prescripción, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, entre otras (folio 1-15 carpeta 6)

El Juzgado de conocimiento por auto del 24 de agosto de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (carpeta 8).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 20 de enero de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora ANASTACIA CONTRERAS CONTRERAS identificada con la C.C. 51.912.311, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora CONTRERAS CONTRERAS, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES como entidad administradora de ese régimen, tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad, lo anterior, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses causados, devolviendo además gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que a favor de la demandante efectúe la AFP PORVENIR S.A., y a convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

PORVENIR S.A. insiste en que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, como quiera que brindó una información clara, suficiente, cierta y oportuna, teniendo en cuenta la normatividad vigente para calenda en que se realizó el cambio de régimen. Enunció que además dicha actuación se surtió por parte de la asegurada de manera libre, voluntaria y consciente, tal como se evidencia del formulario de afiliación. Así mismo señaló que para el año 1996, la AFP, no estaba en la obligación de impartir una asesoría en la forma indicada por el A-quo, como tampoco a efectuar proyecciones. Manifestó que no existe una relación dominante con los afiliados, ya que las condiciones de vinculación no pueden ser negociadas.

Preciso que la inconformidad de la demandante recae o se centra en el monto de la prestación, sin que ello constituya un factor para viciar el consentimiento, más cuando las prestaciones que se reconocen en cada régimen no son comparables. Por último, enunció, que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, ni seguros previsionales, al tratarse de rubros que no están destinados a financiar la pensión, sumado a que los mismos tienen una finalidad específica, esto es, asegurar los riesgos de invalidez y muerte, como tampoco a retornar estas acreencias de manera indexada, ya que durante la vinculación de la actora, se generaron unos rendimientos que resultan a todas luces superiores a las cotizaciones que se hubiesen realizado en el RPM.

Entre tanto **COLPENSIONES**, señaló que se debe revocar la condena en costas, ya que no participó en el acto de traslado, como tampoco aceptar a la accionante como su afiliada, pues para declarar la ineficacia de dicha actuación se requería del pronunciamiento de la autoridad judicial.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por ANASTACIA CONTRERAS CONTRERAS el día 20 de diciembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 20 de diciembre de 1996 y posteriormente a Horizonte, actuación esta última que ocurrió el 31 de enero de 2001 (fl 38,39 y 77 del archivo 05 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional

debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.:** Certificado de existencia y representación legal, historia válida para bono pensional, certificado de vinculación a la mencionada AFP, formulario de vinculación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, historial de vinculaciones, respuestas dadas a las peticiones de la actora, concepto emitido por la Superfinanciera y comunicados de prensa.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 20 de diciembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y

clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 20 de diciembre de 1996, la demandante tenía 362.57 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-Expediente administrativo carpeta 14 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 11 de abril de 1968 fl 49 del archivo 2 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el 31 de marzo de 2022, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A.. que obra en los fls 41 del archivo 05 del expediente digital, la demandante había cotizado 1423 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de

régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 20 de diciembre de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar

que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización

de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) 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.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de***

pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.” (Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente **CONFIRMAR** la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado la demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, como quiera que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **ANASTACIA CONTRERAS CONTRERAS** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 20 de diciembre de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen

pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

En cuanto a la condena en costas que debe asumir COLPENSIONES, se debe indicar que, en los asuntos como el que nos ocupa -nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional- este rubro debe fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones y en esa medida debe ser revocada la providencia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena impuesta por el Juzgado de origen.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el A quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA, proferida el 20 de enero de 2023, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas causadas durante el trámite de la primera instancia, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501720220004801](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 018-2020-00216-01

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

DEMANDANTE: LUIS ALBERTO OTÁLORA IBÁÑEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de agosto de 2022 y reconstruida el 7 de julio de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada PORVENIR S.A., y COLPENSIONES presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 17 de agosto de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ALBERTO OTALORA IBAÑEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.** como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

- 1. DECLARAR** que **PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.**, incumplieron la obligación de suministrar información veraz, completa y coherente.
- 2. DECLARAR** la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS.

- 3. DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR a PORVENIR**, a restituir a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.
- 2. CONDENAR a COLPENSIONES** a vincularlo en el régimen que administra y a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el señor **Luis Alberto Otalora Ibañez** se afilió al Fondo el día 25 de septiembre de 1995, mediante formulario suscrito de manera LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES, precedida de una asesoría adecuada, correcta y suficiente. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP PORVENIR, entre otras (carpeta 13).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el actor, se encuentra válidamente afiliado al RAIS, ya que no demostró error, fuerza o dolo que coartara su libre escogencia de régimen pensional. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de no debido, buena fe, prescripción, entre otras (carpeta 3)

Finalmente, **PORVENIR S.A.**, aseguró que el formulario suscrito por el demandante en el año 1999 evidencia su libre elección al Régimen de Ahorro Individual, después

de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (cuaderno 4).

El Juzgado de conocimiento por auto del 28 de julio de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en tanto por proveído del 4 de agosto de 2022, tuvo por contestado el libelo inicial por parte de PROTECCIÓN (carpeta 14).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 11 de agosto de 2022, la que fue reconstruida el 7 de julio de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor **LUIS ALBERTO OTÁLORA IBÁÑEZ** identificado con cédula de ciudadanía **No. 6.764.346**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, el día **25 de septiembre de 1995** con fecha de efectividad **1 de octubre del mismo año**, y consecuentemente declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada a **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A** efectuada el **30 de junio de 1999** con fecha de efectividad **1 de agosto del mismo año**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **LUIS ALBERTO OTÁLORA IBÁÑEZ** identificado con cédula de ciudadanía **No. 6.764.346**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante señor **LUIS ALBERTO OTÁLORA IBÁÑEZ** identificado con cédula de ciudadanía **No. 6.764.346**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 15 de mayo de 1989, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y

demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante el **señor LUIS ALBERTO OTÁLORA IBÁÑEZ**.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., y AFP PROTECCIÓN S.A., de las demás pretensiones propuestas por el demandante.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.500.000) mil pesos, por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

OCTAVO: Si no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

PORVENIR S.A.: *“interpongo recurso de apelación de manera parcial concerniente a la indexación de los gastos de administración y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, señoría solicito muy amablemente al Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral para que de manera parcial se revoque este numeral, teniendo en cuenta su señoría que se accedió a la ineficacia del traslado y lo concerniente a los gastos de administración y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, pues estos mismos pertenecen a mi representada, en este caso la sociedad administradora fondo de pensiones y cesantías Protección, teniendo en cuenta que los mismos aplicando el literal d) del artículo 113 de la Ley 100, lo concerniente cuando sea traslado, es el saldo más los rendimientos, no se evidencia que lo concernientes a los gastos de administración y seguros previsionales, serán trasladados teniendo en cuenta que esto se generó como una contraprestación de la gestión que adelantó mi representada para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado.”*

Entre tanto **COLPENSIONES**, indicó que el demandante guardó silencio por más de 23 años frente a la omisión en el deber de información, lo que permitía evidenciar un abandono de sus obligaciones. Además, que el demandante efectuó el cambio de régimen de manera libre y voluntaria, sin que en algún momento alegara coaccionado. Adujo que acceder a la suplicas de la demanda, desconocería los precedentes de la Corte Constitucional respecto del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por LUIS ALBERTO OTALORA IBÁÑEZ el día 25 de septiembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 25 de septiembre de 1995 y posteriormente a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1999 (fl 114 del archivo 04 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima,

llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, formulario de afiliación a PROTECCION S.A. firmado el 25 de septiembre de 1995 e historia Laboral. **AFP PORVENIR S.A.**: Certificado de existencia y representación legal, historia válida para bono pensional, certificado de vinculación a la mencionada AFP, formulario de

vinculación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, historial de vinculaciones, concepto emitido por la Superfinanciera y comunicados de prensa. **AFP PROTECCIÓN S.A.**: historial de vinculaciones, formulario de afiliación, constancia de traslado de aportes y comunicados de prensa.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que los fondos demandados, hayan suministrado la suficiente información brindada el día 25 de septiembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 25 de septiembre de 1995, el demandante tenía 314,14 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES- folio 3 carpeta 8 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 18 de diciembre de 1960 fl 3 y 90 del archivo 16 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 5 de abril de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A.. que obra en los fls 83 del archivo 04 del expediente digital, el demandante había cotizado 1492 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional

siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 25 de septiembre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba,

demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente CONFIRMAR la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCION S.A., Y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente

indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, como quiera que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo las AFP, si manejan dichos recursos y generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **LUIS ALBERTO OTALORA IBAÑEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, el 25 de septiembre de 1995.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante **PORVENIR S.A.**, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 y reconstruida el 7 de julio de 2023, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501820200021601](https://www.cjecol.gov.co/portal/seguridad-social/11001310501820200021601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 022-2019-00447-01

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

DEMANDANTE: HERIBERTO DE JESÚS LOPEZ CASTILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
UGPP
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte accionante y demandadas, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 28 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor HERIBERTO DE JESÚS LÓPEZ CASTILLA, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, UGPP y AFP PORVENIR S.A.** como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR que **PORVENIR S.A.**, para la calenda en que se efectuó el traslado, no cumplió con el deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el cambio.

2. DECLARAR la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR, a restituir a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros e incluyendo los descuentos efectuados por gastos de administración y seguros previsionales.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a vincularlo en el régimen que administra y a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que le otorgó al accionante información suficiente y necesario en relación con las condiciones y características del régimen, así como de las opciones de traslado con las que contaba, además que en comunicación del 19 de diciembre de 2006, le indicó al actor las modalidades pensionales y la posibilidad de redimir de manera anticipada el bono pensional. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (folio 132-149 carpeta 01)

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que evidencia que al demandante la AFP lo hubiese hecho incurrir en error o que estuviese en presencia de algún vicio en el consentimiento, como tampoco existe nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, prescripción, caducidad, entre otras (folio 2-45 carpeta 3)

El Juzgado de conocimiento por autos del 20 de agosto de 2020 y 31 de mayo de 2021, admitió los escritos de defensa presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente (carpeta 6 y 8). Mientras que, por proveído del 23 de junio de 2021, el Juzgado dispuso la vinculación de la UGPP, entidad que se opuso a la prosperidad de las súplicas, bajo el argumento que el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el correspondiente formulario (carpeta 28).

Por providencia de fecha 14 de noviembre de 2022, el Juzgado de origen, tuvo por contestado el libelo inicial por parte de la UGPP (carpeta 31)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 29 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor **HERIBERTO DE JESUS LOPEZ CASTILLA**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 20 de mayo de 2003. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a **COLPENSIONES**.

TERCERO: DECLARAR que **COLPENSIONES** bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de **PORVENIR S.A.**, y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta precedencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, **PORVENIR Y COLPENSIONES** de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR PROBADA las excepciones propuestas por la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-**, de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y buena fe conformidad con la parte motiva de esta providencia, y, en consecuencia, **SE ABSUELVE** a esta demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fijese como agencias en derecho la suma de **1 SMMLV** a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

PORVENIR S.A. señala en que no hay lugar acceder a las suplicas del escrito inicial, en la medida que si bien existen unos precedentes jurisprudenciales, estos deben ser analizados y aplicados a cada caso en concreto, siempre que las situaciones fácticas narradas encajen en los mismos, que frente al demandante no aplican los providencias emitidas por nuestro máximo órgano de cierre, como quiera que el asegurado recibió la información que se exigía para la época, suscribiendo el respectivo formulario, lo que denotó su voluntad, aunado a que declarar la ineficacia estaría en contravía del principio de retroactividad de la ley y seguridad jurídica. Así mismo argumento que en caso de concederse las pretensiones, el negocio jurídico no se celebró y por ende no está en la obligación de retornar o devolver los frutos generados producto de su gestión, sumado a que los rendimientos que se causaron resultan ser superiores, a aquellos aportes que hubiese realizado el actor en el RPM, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por lo que considera que hay lugar a una compensación.

Entre tanto **COLPENSIONES**, señaló que el demandante guardo silencio por más de 20 años, respecto de la información que le fue brindada por la AFP el 20 de mayo de 2003, calenda en que se presentó el cambio de régimen, por lo que a su juicio existió un abandono por parte del asegurado frente a su situación pensional y frente a sus obligaciones como consumidor financiero y que así se logró determinar del interrogatorio de parte que absolvió el actor. Insiste en que el traslado fue libre, voluntario y sin ningún tipo de presión o coacción, además que no se esta presencia de un afiliado legó, ya que el accionante es un ingeniero civil, y por ende tuvo conocimiento de las actuaciones realizadas. Adicionalmente expresó que el demandante no tenía una expectativa para la data del cambio de régimen, como tampoco era beneficiario del régimen de transición.

Por último, preciso que se debe revocar la condena en costas, ya que no tuvo injerencia en ese traslado que efectuó el actor.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por HERIBERTO DE JESÚS LÓPEZ CASTILLA, el día 20 de mayo de 2003; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 20 de mayo de 2003 (fl 151 y 166 del archivo 01 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de

2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: historia laboral, reclamación administrativa efectuada por el actor y respuesta dada a dicha petición. **AFP PORVENIR S.A.**: Certificado de existencia y representación legal, historia válida para bono pensional, certificado de vinculación a la mencionada AFP, formulario de vinculación, historia laboral consolidada, historial de vinculaciones, simulación pensional y respuesta dada por la administradora a las diversas peticiones radicadas por el afiliado. La **UGPP**, incorporó expediente administrativo.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 20 de mayo de 2003, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el

RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 20 de mayo de 2003, el demandante tenía 812 semanas (historia laboral folio 28 carpeta 1 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 28 de agosto de 1956 fl 5 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2018 (precisando que para el 30 de enero de 2020, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A.. que obra en los fl 154 del archivo 01 del expediente digital, el demandante había cotizado 1531 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata,

de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 20 de mayo de 2003, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)”

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente

pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente **CONFIRMAR** la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado la demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, como quiera que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario,

favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **HERIBERTO DE JESÚS LÓPEZ CASTILLA** del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 20 de mayo de 2003.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

En cuanto a la condena en costas que debe asumir COLPENSIONES, se debe indicar que, en los asuntos como el que nos ocupa -nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional- este rubro debe fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones y en esa medida debe ser revocada la providencia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena impuesta por el Juzgado de origen.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el A quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SÉPTIMO DE LA SENTENCIA, proferida el 29 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **ABSOLVER a COLPENSIONES** de la condena en costas causadas durante el trámite de la primera instancia, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502220190044701](https://www.cjec.gov.co/11001310502220190044701)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 024-2019-00760-01**

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

DEMANDANTE: ANA LUCIA GARCÍA GUTIERREZ
DEMANDADO: PORVENIR S.A.
ASUNTO: CONSULTA PARTE DEMANDANTE.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de PORVENIR S.A., presentó alegaciones, según lo ordenado en auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ANA LUCIA AGUILAR OLAYA**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folios 1-6, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- 1. DECLARAR** que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento de su hijo **DANIEL OCTAVIO SÁNCHEZ AGUILAR**.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

2. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** al pago de la pensión de sobrevivientes, desde el 04 de marzo de 2018, fecha en que falleció el señor DANIEL OCTAVIO SÁNCHEZ AGUILAR.
3. **CONDENAR** a la entidad demandada a pagar el retroactivo debidamente indexado e intereses moratorios.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la accionante no logró demostrar que dependiera económicamente de su hijo, conforme lo prevé el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, compensación, innominada o genérica.

Mediante proveído del 15 de noviembre de 2022, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada. (carpeta 12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 27 de febrero de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la AFP **PORVENIR** denominada falta de causa para pedir, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, señora **ANA LUCÍA AGUILAR**.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En el evento en que no se interponga recurso de apelación en contra la presente sentencia, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 de CPTSS, y por haber sido desfavorable la sentencia a sus pretensiones.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a los intereses de la demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La Sala estudiará si la demandante dependía económicamente de su hijo DANIEL OCTAVIO SÁNCHEZ AGUILAR y por tal razón tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Al respecto debemos partir de lo preceptuado en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma vigente para el 04 de marzo de 2018 día en que se produjo la muerte del afiliado (folio 17 cuaderno 1). Dicha disposición, considera como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres **económicamente dependientes del causante**. Esta dependencia según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 no debe entenderse como la ausencia de ingresos de los padres sino como la falta de condiciones materiales que les permitan, a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ser autosuficiente económicamente.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación SL 964 de 2023, preciso que para verificar la dependencia económica de los padres, no es procedente individualizar los gastos de cada uno de los miembros de la unidad familiar, pues debe entenderse que las necesidades de quienes conforman el hogar ingresan a un presupuesto común, siempre que atiendan el concepto de vida digna y congrua subsistencia:

“· En los asuntos donde se discute la dependencia económica del padre para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el cumplimiento del requisito debe ser verificado en cada caso concreto, por lo que deben valorarse las particularidades de quienes la alegan, en relación con la contribución que recibían del causante y su incidencia en la atención de sus necesidades básicas, en condiciones de dignidad y suficiencia.

(...)

pues bien es sabido, que no es necesario acreditar dicho valor para acceder a la pensión de sobrevivientes por dependencia económica, en tanto no se trata de un requisito consagrado en la ley.”

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en el presente caso no existe discusión que la señora ANA LUCÍA AGUILAR OLAYA, figura como madre del causante DANIEL OCTAVIO SANCHEZ AGUILAR (folio 15 carpeta 1)., como tampoco que el afiliado acreditaba más de 50 semanas previos al deceso (folio 4-5 carpeta 10)

Atendiendo lo expuesto, esta Sala de decisión considera que el problema radica en establecer si la demandante dependía económicamente de la causante, como quiera que la entidad accionada consideró que no se demostró dicho presupuesto.

Al analizar el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se tienen que afirmó que dependía económicamente de su hijo fallecido, quien aportaba para su manutención, en especial para su salud, alimentación y servicios públicos; adicionalmente en el escrito inicial relato: *“El señor DANIEL OCTAVIO SANCHEZ AGUILAR (Q.E.P.D.), suplía en mayor parte los gastos del hogar atendiendo que la señora ANA LUCIA AGUILAR con ingresos mensuales mínimos que no permitían que la misma lograra el pago de todos los servicios públicos y gastos de alimentación ni de ella ni la de sus hijos.”*

A efectos de probar esa dependencia económica, la accionante allegó como material probatorio:

- Registro civil de nacimiento y de defunción del señor Daniel Octavio Aguilar Sánchez.
- Cédula de ciudadanía de la señora Ana Lucia Aguilar, así como el registro civil de nacimiento.
- Solicitud radicada ante PORVENIR con el fin de obtener copia del expediente pensional.
- Expediente pensional.
- Petición para el reconocimiento del derecho pensional, con su respectiva respuesta en sentido negativo.

Así las cosas, se considera que ninguna de las pruebas descritas, dan cuenta del requisito de la dependencia económica que alega la accionante frente a su primogénito antes del fallecimiento, precisando que el expediente administrativo aportado contiene únicamente la historia laboral del asegurado, formulario de afiliación a PORVENIR S.A., e informe de movimientos con rendimientos.

A lo que se debe agregar que la accionante al absolver el interrogatorio de parte adujo, que tenía con quien en su momento fue su compañero permanente, un inmueble que se encontraba arrendado y por cuyo canon recibía la suma de \$900.000.

Igualmente, se evidencia que la parte pasiva además de haber allegado el formulario de vinculación del afiliado fallecido, la historia laboral consolidada, la petición de reconocimiento del beneficio pensional, incorporó la investigación

adelantada por el fondo de pensiones, en la que se dejó plasmada: *“Se establece que la Sra. Ana Lucia convive en unión marital de hecho con el Sr. Rosendo Castañeda Lampreada, desde hace aproximadamente veinte años, se desempeña como ama de casa, no percibe mesada pensional en régimen de prima media o régimen de ahorro individual (se desconoce en régimen especial), sufraga sus gastos con el ingreso generado por su compañero permanente quien indicó ser conductor devengado un ingreso mensual aproximado de \$1.000.000, adicionalmente indicó percibir ingresos mensuales de \$900.000 por concepto del arrendamiento de un inmueble de su propiedad, identificado con matrícula inmobiliaria N°500.1227866 ubicado en la Calle 70D Bis #105 H-51 de la ciudad de Bogotá D.C. Mediante consulta en la Ventanilla Única de Registro (VUR) se evidenció que además del inmueble anteriormente descrito, la reclamante cuenta con dos propiedades más, las primera identificada con matrícula inmobiliaria N°6001220846 ubicada en la Calle 70D BIS A #105H-70 de la ciudad de Bogotá D.C., lugar que corresponde a su domicilio actual; y la segunda identificada con matrícula inmobiliaria N°072-18716 ubicada en Boyacá de la cual indica no recibió ningún ingreso debido a que es de propiedad familiar compartida.”*

Las anteriores argumentaciones resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia, como quiera que la demandante no probó que en parte, hubiese dependido económicamente de su hijo, ya que los documentos incorporados no dieron cuenta de este presupuesto, máxime cuando no solicitó en su momento procesal otro medio de pruebas como los testimonios; mientras que la entidad convocada a juicio, acreditó en la investigación administrativa la autosuficiencia económica de la progenitora.

COSTAS.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de febrero de 2023, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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

Los magistrados,



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE**



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



**CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO
SALVO VOTO**

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502420190076001](https://www.corteconstitucional.gub.uy/interior/11001310502420190076001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 024-2021-00010-01

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

DEMANDANTE: ALVARO POSADA MARTÍNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes presentaron alegaciones, los cuales fueron debidamente analizados en esta etapa procesal, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ALVARO POSADA MARTINEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.
2. **DECLARAR** que **PORVENIR S.A.**, debe permitir y ordenar el traslado de las cotizaciones efectuadas en el régimen que administra.
3. **DECLARAR** que **COLPENSIONES**, debe aceptar la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **PORVENIR**, a restituir a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses.
2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a vincularlo en el régimen que administra y a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que para el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, le informó al accionante, entre otras cosas, sobre el beneficio de la transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, que tendría derecho a un bono pensional y que su vinculación era completamente voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (carpeta 6).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el actor, efectuó el traslado al RAIS de manera voluntaria y libre, sin que hubiese tenido injerencia alguna en el mismo. Propuso las excepciones de inoponibilidad de las responsabilidades de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado, erro de derecho no vicia el consentimiento, entre otras. (carpeta 7)

El Juzgado de conocimiento por auto del 13 de julio de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, (carpeta 10).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 21 de julio de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor **ALVARO POSADA MARTÍNEZ** al Régimen de Ahorro Individual, a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, efectuada el 19 de marzo de 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **ÁLVARO POSADA MARTÍNEZ** nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor **ALVARO POSADA MARTINEZ** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gatos de administración indexados, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** a recibir al señor **ALVARO POSADA MARTINEZ**, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

SEXTO (sic): DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SÉPTIMO: SIN CONDENAS en costas en la instancia.

PCTAVO: En caso de no pelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

PORVENIR S.A.: alegó en síntesis que si bien existe un precedente jurisprudencial que reseña lo concerniente a la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, considera que dicho criterio no puede ser aplicado en todos aquellos casos en que están solicitando la invalidación de dicha actuación, sino se debe analizar cada caso en concreto, más cuando el traslado del demandante, se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones; que, si bien existía un deber de información, este presupuesto no era tan riguroso para la calenda en que el actor decidió cambiar de régimen pensional. Que siempre respeto el derecho de libre elección del accionante e impartió una información de acuerdo a los parámetros vigente para la época de afiliación. Así mismo,

manifestó que el formulario de vinculación da cuenta de la voluntad del demandante de vincularse al régimen que administra, sumado a que era un requisito exigido para dicho periodo. Enunció que, el actor también debió conocer de sus derechos y obligaciones. Señaló que por la correcta administración de los dineros, se generaron unos rendimientos financiero, pero que al invalidar esa vinculación, estos rubros nunca existieron por lo que no deben retornar los mismos, además que la ley ha dado la facultad a las administradoras de descontar un porcentaje de la cotización por gastos de administración, por la gestión efectuado frente al manejo de los recursos, por lo que a su juicio estos estos conceptos no deben retornar al RPM, ni mucho menos de manera indexada; adujo que se debió atender el medio exceptivo de la compensación, como quiera que los rendimientos obtenidos, resultaron ser superiores si el asegurado hubiese permanecido en el régimen de prima media.

Entre tanto **COLPENSIONES**, indicó que fue un tercero ajeno en los actos jurídicos celebrados entre el demandante y la AFP PORVENIR S.A. Además, enunció que aceptar las suplicas del actor, afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Igualmente afirmó que el accionante estaba inmerso en la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional y que la Sala de Casación Laboral, ha precisado que en caso de declararse la ineficacia hay lugar a reintegrar la totalidad de los rubros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por ALVARO POSADA MARTINEZ, el día 19 de marzo de 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 19 de marzo de 2002 (fl 79 del archivo 06 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para

declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron, **COLPENSIONES:** Expediente administrativo e historia Laboral. **AFP PORVENIR S.A.:** historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de vinculación a la mencionada AFP, formato de actualización de datos, formulario de vinculación, respuesta dada por el fondo frente a la solicitud de traslado, historial de afiliaciones, concepto emitido por la Superfinanciera, comunicados de prensa y certificado de existencia y representación legal.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que los fondos demandados, hayan suministrado la suficiente información brindada el día 19 de marzo de 2002, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para

verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 19 de marzo de 2002, el demandante tenía 492, 43 (historia laboral allegada por COLPENSIONES- folio 403 carpeta 7 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 25 de noviembre de 1960 fl 406 del archivo 7 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 23 de junio de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en los fls 45 del archivo 06 del expediente digital, el demandante había cotizado 1393 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a

colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 19 de marzo de 2002, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)”

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia

CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, pero se adicionara la sentencia en ordenar también la devolución del porcentaje descontado por seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) 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.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente ADICIONAR la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a la entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, como quiera que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo las AFP, si manejaron dichos recursos y generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se ADICIONAR la sentencia en el entendido de ordenar a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a su entidad, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, en tanto se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **ALVARO POSADA MARTINEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 19 de marzo de 2002.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación del actor de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de

garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502420210001001](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 29-2019-00537-01

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

DEMANDANTE: **PAULA ANDREA PINEDA**

DEMANDADO: **JERSALUD SAS**

**“GERALMEDIC SAS” SINDICATO DE GREMIO
PROFESIONALES DE LA SALUD**

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDA (GERALMEDIC SINDICATO DE GREMIO)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por las partes demandante y demandada (GERALMEDIC) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 2 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **PAULA ANDREA PINEDA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **JERSALUD SAS**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que entre las partes se celebró y existió, un contrato de trabajo realidad, a partir del 21 de abril de 2017 y hasta el 22 de agosto de 2017, el cual las accionadas resolvieron darlo por terminado sin justa causa.
2. Se declare que, la terminación unilateral y sin justa causa que las demandadas realizaron al contrato de trabajo celebrado con la demandante, lo fue en razón del estado de embarazo en que la demandante, se encontraba para la fecha del despido, con violación al debido proceso.
3. Que en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a las demandadas JERSALUD SAS y el SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a **reintegrar** a la demandante, al cargo que venía desempeñando como medico en ambulancia medicalizada, o a uno de igual o mayor categoría, disponiéndose que, para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad en la prestación personal del servicio por parte de la demandante, desde cuando fue despedida y hasta cuando sea, efectivamente, reintegrada.
4. Condenar a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar a la demandante los salarios dejados de percibir, junto con las respectivas primas, bonificaciones, remuneraciones variables, dominicales y festivos, y demás conceptos constitutivos de salarios a que tiene derecho, a partir del 22 de agosto de 2017, fecha en que se produjo su despido, y hasta cuando se haga efectivo su reintegro.
5. Se condene a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a pagar a favor de la accionante, las prestaciones laborales tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones a que tiene derecho a partir del 21 de abril de 2017 fecha en que inició la relación laboral y hasta cuando se haga efectivo su reintegro, así como, a realizar el pago que, por aportes a salud, pensión ARL han debido ser realizado a los correspondientes fondos o aseguradoras.
6. Se condene a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar las sumas de dinero solicitadas como pretensión cuarta y quinta, debidamente indexadas y/o actualizadas, hasta cuando se cancele la totalidad de la condena.
7. Se condene a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar a favor de a actora, la sanción moratoria de conformidad con el artículo 65 del CST, por no haber cancelado los salarios y prestaciones debidas a

aquella, condena que ha de extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

8. Se condene a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, de conformidad con el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
9. Se condene a la demandada SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a pagar la suma de \$421.400 correspondiente a la fracción de la licencia de maternidad del mes de octubre de 2017, que le fue cancelada por EPS SANITAS SA, valor que ha de ser cancelado de manera indexada o actualizada en el momento de su pago efectivo.
10. Condenar a las demandadas a pagar las sumas de dinero correspondientes a los valores dejados de pagar como aportes a salud durante el tiempo que duró la relación laboral.
11. Condenar a pagar las sumas de dinero correspondiente a la licencia de maternidad dejada de percibir por la demandante.
12. Costas procesales.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1. Que existió un contrato sindical entre las partes, el cual se dio por terminado de manera unilateral por parte de las demandadas y en virtud del ESTADO DE EMBARAZO de la demandante, con violación al debido proceso.
2. Que en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a **reintegrar** a la demandante, al cargo que venía desempeñando, médico de ambulancia medicalizada, o a uno de igual o mayor categoría, disponiéndose que, para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad en la prestación personal del servicio por parte de la demandante, desde cuando fue despedida y hasta cuando sea efectivamente, reintegrada.
3. Condenar a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar a la demandante los salarios dejados de percibir, junto con la respectiva prima, bonificaciones, remuneraciones variables, dominicales y festivos, y demás conceptos constitutivos de salarios a que tiene derecho, a partir del 22 de agosto de 2017, fecha en que se produjo el despido, y hasta cuando se produzca su efectivo reintegro.
4. Condenar a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a pagar

a favor de la accionante, las prestaciones laborales tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones a que tiene derecho a partir del 21 de abril de 2017 y hasta cuando se haga efectivo su reintegro, así como, a realizar el pago que, por aportes a salud, pensión, ARL, han debido ser realizados a los correspondiente fondo o aseguradoras.

5. Se condena las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar las sumas de dinero solicitadas como pretensión cuarta y quinta, debidamente indexadas y/o actualizadas, hasta cuando se cancele la totalidad de la condena.
6. Condenar a las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", a pagar a favor de la actora, la sanción moratoria de conformidad con el artículo 65 del CST, por no haberse cancelado los salarios, y prestaciones debidos a aquella, condena que ha de extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
7. Condenar a JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a pagar la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, de conformidad con el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
8. Condenar a la demandada SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS" a pagar a la demandante la suma de \$221.400 correspondiente a la fracción de la licencia de maternidad del mes de octubre de 2017, que le fue cancelada por EPS SANITAS, valor que de ser cancelado de manera indexada o actualizada en el momento de su pago efectivo.
9. Condenar a las demandadas a pagar, a favor de nuestra cliente, las sumas de dinero correspondientes a los valores dejados de pagar como aportes a salud, durante el tiempo que duró la relación laboral.
10. Condenar a las demandas a pagar, en favor de la demandante, las sumas de dinero correspondiente a la licencia de maternidad dejada de percibir por la demandante.
11. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", contestaron el escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 05 de noviembre de 2020.

La parte demandante reformó la demanda, la cual no fue contestada por las demandadas JERSALUD SAS y al SINDICATO DE GREMIO PROFESIONALES DE LA SALUD "GERALMEDIC SAS", conforme auto que data del 05 de septiembre de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de agosto de 2022, dispuso:

"PRIMERO: CONDENAR a la demandada GERALMEDIC SINDICATO DE GREMIO a pagar a la demandante PAULA ANDREA PINEDA, la sanción de que trata el artículo 239 del CST equivalente a \$2.896.800, suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandada GERALMEDIC SINDICATO DE GREMIO incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada GERALMEDIC SINDICATO DE GREMIO de las demás pretensiones formuladas en su contra.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada JERSALUD SAS de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante PAULA ANDREA PINEDA."

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. CONTRATO REALIDAD: Solicita se valore la totalidad de la prueba arrojada al expediente, teniendo en cuenta que, se allegó documental que acredita el elemento de subordinación con JERSALUD SAS, pues pasó por alto lo manifestado por el médico Becerra, quien se identificó como coordinador de JERSALUD SAS, e indicó que entrevistó a la demandante y le informaba a GERALMEDIC si el candidato era apto para prestar los servicios en JERSALUD.

Adicionalmente, indicó que cuando la demandante rindió entrevista, no recuerda que estuviera afiliada al sindicato, pues debía pasar primero la entrevista y luego se presentaba el candidato a GERALMEDIC y ellos eran quienes tomaban la decisión de la vinculación o no. Que para que trabajara en JERSALUD, debía afiliarse al sindicato.

Indicó también que el modelo estaba diseñado para que GERALMEDIC fuera el contratante, y JERSALUD SAS recibía los servicios por parte del profesional, resaltando que una vez la demandante presentó la entrevista, meses antes de entrar a trabajar con JERSALUD SAS, cuando fue candidata, y al cumplir con el perfil, empezó a hacer los trámites para su afiliación a ese sindicato que, además tuvo que abrir la cuenta bancaria para poder ejecutar el contrato con JERSALUD SAS. Por otro lado, se observa el elemento de subordinación con el pliego de descargos que efectivamente la demandante recibió, con lo que se acredita que se inició un proceso disciplinario en apego al reglamento interno, otorgándole un tiempo menor al que está contemplado, sin que se acredite el debido proceso, aunado al hecho que la misma demandante presentó un escrito para que le remitieran los documentos o soportes con los cuales supuestamente se acreditaban las quejas en contra de ella, sin que se le remitieran dichos soportes.

- 2. FUERO MATERNIDAD:** Si bien está probado el inicio del fuero de maternidad de la demandante, en tanto que se radica la carta a tiempo, resaltando que la Corte Constitucional ha indicado que la madre embarazada tiene fuero de maternidad hasta el momento en que nace el bebé, y con posterioridad a su nacimiento, el cual tiene como fin específico que la madre, por su estado de embarazo, sea despedida. No obstante lo anterior, indica que el contrato de la demandante fue suspendido inicialmente por 10 días y luego por 5 días adicionales, sin que le pagaran esos días a la demandante, que por demás tenía fuero de maternidad.
- 3. REINTEGRO:** Ahora, si bien el Juzgado negó las pretensiones por cuanto consideró que la demandante no se reintegró luego de la suspensión del contrato, sin darse cuenta que la actora no se reintegró porque no había un proceder leal, correcto y honesto por parte de las demandadas desde que desvincularon a la demandante con la suspensión inventada, tomada de un artículo del Reglamento Interno de Trabajo, precisando que el supuesto proceso disciplinario nunca lo finalizaron, y si bien le remitieron varios escritos, tales como el 5, 7, 11, debe tenerse en cuenta que el 31 la demandante había remitido a las demandadas la notificación del Ministerio del Trabajo, que de conformidad con la documental visible a folio 52 del expediente, se tenía claro desde ese momento que se pretendía una protección al fuero de maternidad de la demandante, pues las demandadas no le daban garantías para reintegrarse, estando guiada por su entonces abogado, se confió al pensar que al estar ante una autoridad seria, como lo es el

Ministerio de Trabajo, precisando que la citación se realizó el 31 de agosto, para realizar la diligencia el 11 del siguiente mes, frente a lo cual, las demandadas si se afanaron y empezaron a enviar una cantidad de citaciones, que entre ellas está la del 5 de septiembre en la que le proponen a la demandante una reubicación a un cargo administrativo, conforme la documental visible a folio 47, sin embargo en la diligencia de conciliación, la demandadas JERSALUD dejó constancia que, no tenía ánimo conciliatorio, por cuanto no mediaba vínculo laboral entre las partes.

- 4. FALTA TRÁMITE DISCIPLINARIO:** Señala que, hubo una violación al debido proceso, teniendo en cuenta que, los artículos 41 y 42 del RIT establece las faltas graves y gravísimas, sin embargo a la demandante no le indicaron que falta estaba cometiendo para saber que proceso iban a adelantar.

Resulta que si la queja proviene de la entidad contratante, dicha entidad informará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ocurrencia de la presunta falta disciplinaria por escrito al coordinador del contrato sindical sobre los hechos ocurridos, si la falta es advertida de oficio por el coordinador del contrato adscrito a GERALMEDIC también dispondrá de 15 días, para la investigación de las faltas y aplicación de las sanciones enumeradas en los artículos anteriores se procederá así: 1. La dirección administrativa de la asociación sindical comunicará por escrito y personalmente al afiliado la existencia de la investigación lo hicieron, sí lo hicieron mandaron dos cartas el 17 y el 22 de agosto del 2017 a la doctora dos cartas se lo comunicaron entregando copia del auto de apertura de investigación firmada por los miembros de la Junta directiva. 2. La Junta directiva designará de su sede un afiliado instructor a la dirección administrativa del sindicato que se encargue de acción y tendrá 90 días para recopilar pruebas, 3. Una vez presentado el informe la Junta directiva procederá a determinar la procedencia o no de emitir pliego de cargos en el que se deberán señalar motivadamente cuál es la falta o faltas por la que se elevan estos y el análisis de las pruebas que soportan la acusación, 4. El pliego de cargos se notificará personalmente a la sociedad investigada su apoderado si dispone de él y en caso de que éste se niegue a firmar la respectiva notificación o no concorra dentro de los 2 días hábiles se procederá a realizar esta notificación por edicto emplazatorio 5. Una vez notificado la sociedad, éste dispondrá de un término de 5 días hábiles a partir del siguiente a la notificación para presentar sus descargos por escrito.

De lo anterior, no se dio cumplimiento a absolutamente nada del procedimiento disciplinario, por eso se indicó que, solamente le habían dado 3 de 5 días en cada pliego de cargos, no se cumplió se irrespetó también en el que podrá pedir y aportar las pruebas que pretenda hacer valer, tampoco se cumplió la demandante pidió el 24 pruebas y tampoco se las decretaron, 6. Una vez presentados los descargos la Junta directiva procederá analizarlos a decretar las pruebas pedidas si hay lugar a ello y a proferir fallo motivado de primera instancia sancionatorio, absolutorio teniendo un término de un mes contado a partir de la presentación de los descargos, situación que tampoco se cumplió, tampoco se dio el respectivo trámite al recurso de reposición que presentó.

En suma, señala que no solamente se dejaron de valorar algunas pruebas y se valoraron mal otras que obran en el expediente para tomar la decisión de declarar que no existió ninguna calidad de empleador en parte de GERSALUD y absolverlo, que la demandante no se presentó pese a que se la había notificado el volverse a reintegrar sino que por demás es claro que la circunstancia de violación del mismo debido proceso dan a entender las razones verdaderas por las cuales la actora decidió no asistir a esos llamados.

Así mismo, la **parte demandada (GERLMEDIC)** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. INDEMNIZACIÓN ART. 239 CST:** Solicita se revoque esta condena, teniendo en cuenta que lo que realmente sucedió fue una suspensión del contrato y no una terminación del mismo, como lo estipula de manera objetiva el Art. 239 del CST, en tanto que estamos en presencia de un contrato sindical, no frente a un contrato de trabajo, que si bien es cierto se aplican algunas normas laborales, no en su totalidad, por lo tanto le aplica todos los reglamentos o similares que tenga la organización sindical al caso que nos ocupa el artículo 239 del contrato sindical de GERALMEDIC y ya efectivamente se leyó en su momento y que está anexo a la contestación de la demanda folio 95 en el cual faculta la Junta directiva de los derechos sindical para hacer la suspensión.

Ahora, resalta que existe una diferencia entre suspensión y terminación. El contrato de trabajo de tracto sucesivo se ejecuta y prolonga en el tiempo y tiene definida vocación de permanencia, la suspensión en salvaguarda de la continuidad de la relación contractual tiene por objeto evitar una ruptura definitiva cuando sobreviene una causa suficiente y justificada que impide transitoriamente su cumplimiento, esto es, permitir que el contrato sufra una interrupción pasajera sin afectar su subsistencia esencial, la suspensión es

entonces un intervalo pasivo del contrato un paréntesis en su dinámica la cesación justificada de la ejecución del contrato para el concepto que esta refiriendo de trabajo pero igual aplica para cualquier otro contrato, otro tipo de contrato que sin afectar su subsistencia exonera temporalmente al trabajador y generalmente también al empleador del cumplimiento de sus obligaciones esenciales, en concordancia con este concepto si nos remitimos al artículo 239 del código sustantivo que habla de la prohibición que fue el sustento donde efectivamente faculta al juez para la sanción, si miramos en su primer numeral dice, ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia, si observamos la norma es supremamente objetiva y clara y además disyuntiva desde 2 presupuestos, en estado de embarazo o en lactancia para el caso que nos ocupa el estado de embarazo recordemos que posteriormente y así lo declaró la demandante pues ella misma solicitó el retiro de la organización y ella misma se desvinculó pese a que efectivamente abandonó por así decirlo de manera coloquial, o no volvió a presentarse a terminar su contrato sindical, es así su señoría como que estima, que no se debe de condenar en atención a que no se vulneró ningún derecho y si efectivamente lo que se hizo fue que se suspendió pues tampoco se vulneró porque se le restablecieron todos los derechos y tal y cual como aparece también adjunto a la contestación de la demanda, pues no solamente también quedó claro en el transcurso de ella se le restablecieron los derechos, sino que en la contestación de la demanda folio 141 aparece que la empresa GERALMEDIC pese a que la señora nunca se presentó y no atendió los requerimientos y quedó claro que tampoco tenía justificación alguna, liquidó y pagó en su totalidad ese contrato sindical, este tipo de contratos y lo ha dicho la jurisprudencia se asimila a un contrato de prestación de servicios.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1) Sí entre la señora PAULA ANDREA PINEDA y la sociedad JERSALUD SAS existió un contrato de trabajo. 2) En caso afirmativo, si es procedente el reintegro de la

demandante, con ocasión de la estabilidad laboral por fuero de maternidad, al faltar al trámite disciplinario respectivo.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio respecto de la demandada JERSALUD SAS.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél 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 “*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real “ en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal “ o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma

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

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la señora PAULA ANDREA PINEDA alega que prestó sus servicios para la demandada JERSALUD SAS en una única relación laboral y que de conformidad con la documental arrimada al plenario, se acredita el elemento de subordinación con JERSALUD SAS, máxime si se tiene en cuenta que el modelo que se tenía diseñado era para que GERLAMEDIC fuera el contratante, y JERSALUD el beneficiario que recibiera los servicios por parte del profesional, precisando que el trabajador al presentar entrevista, al ser candidata, y al cumplir con el perfil, empezó a hacer los trámites para su afiliación al SINDICATO GERALMEDIC, por exigencias y políticas de JERSALUD, además tuvo que abrir la cuenta bancaria para poder ejecutar el contrato con JERSALUD SAS.

Ahora bien, se allegó al plenario las siguientes pruebas: convenio de ejecución suscrito entre la demandante y GERALMEDIC SINDICADO DE GREMIO para prestar los servicios a JERSALUD vigente entre el 01 de marzo de 2017 al 31 de octubre de 2017 a folio 63 del expediente digital.

Así mismo, se aportaron los contratos sindicales suscritos entre GERALMEDIC SINDICADO DE GREMIO Y JERSALUD S.A.S cuyo objeto indica

“SEGUNDA – OBJETO: *Las partes han decidido celebrar un **CONTRATO SINDICAL**, cuyo objeto lo constituye la prestación de los servicios asistenciales de Medicina General de acuerdo a la disponibilidad de afiliados partícipes, a los usuarios de JERSALUD, en forma independiente, autónoma, y bajo su propia responsabilidad, teniendo siempre presente principios rectores del sistema integral de Seguridad Social, como la eficiencia, calidad en el servicio, integralidad y continuidad de los servicios. En el desarrollo de las actividades contratadas los afiliados partícipes, prestarán los servicios de manera presencial, de acuerdo a la normas de habilitación y acreditación.*

PARÁGRAFO PRIMERO. *La ejecución de las actividades adicionales no estipuladas en el presente contrato serán acordadas previamente entre JERSALUD y GERALMEDIC.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *GERALMEDIC en desarrollo de principios rectores como la independencia, autonomía técnica, administrativa y financiera que caracteriza a las asociaciones sindicales, realizará las afiliaciones, convocatorias, inducciones, capacitaciones, entrenamientos, exámenes médicos de ingreso, egreso y demás procedimientos o actividades necesarias para cumplir con los requerimientos legales de habilitación en el componente de talento humano para ingresar a prestar sus servicios profesionales, así como las definidas en este contrato y el respectivo reglamento del contrato sindical.”*

Reposa a folios 167 y 168 del expediente digital formulario de afiliación al Sistema General de Seguridad social, en el la demandante indica como datos de su empleador la sociedad GERALMEDIC.

Así mismo, reposa formato de inducción realizado por GERALMEDIC, en el que se indica que la demandante va a laborar en JERSALUD con fecha de inicio del 10 de marzo de 2017. A folio 173 y 174 del expediente digital reposa queja presentada a la demandante, la cual le indican las situaciones que han generado el abuso de su estado de embarazo.

A folio 179 y 180 notificación a la demandante de la suspensión del convenio de ejecución, y solicitud de retiro formal por las siguientes conductas:

- *No acatar las normas de ética profesional.*
- *Incumplimiento o falta grave a los deberes y prohibiciones.*
- *Afectar la imagen del sindicato cuando esté en desarrollo de un contrato sindical.*
- *Calidad defectuosa en la ejecución del servicio en virtud del contrato sindical.*
- *Poner en riesgo el desarrollo del contrato sindical.*

A folio 185 reposa comunicación del 5 de septiembre de 2017, mediante el cual, se revoca la suspensión provisional del convenio de ejecución de la demandante, emitida el 22 de agosto de 2017, por lo que se le solicitó a la demandante presentarse el 07 de septiembre de 2017 en la oficina de JERSALUD, con el fin de continuar con el desarrollo del convenio de Ejecución en el que venía prestando sus servicios profesionales. Así mismo, se le indicó que, por su estado de gravidez, se le notificó a JERSALUD para que fueran reasignadas sus labores de tripulante médico de ambulancia terrestre a labores administrativas inherentes a su profesión, con la misma disponibilidad de tiempo (turnos) en que venía prestando sus servicios, teniendo en cuenta que estos deben ser prestados en horas diurnas.

Carta del 7 de septiembre de 2017 (fl. 189), mediante la cual, GERALMEDIC le informa a la demandante que no se presentó en la sede de dicha empresa para

continuar con el desarrollo del Convenio de Ejecución en el que venía prestando sus servicios profesionales. Le insisten que podía continuar sus actividades profesionales en desarrollo del contrato sindical suscrito entre GERALMEDIC y JERSALUD el día 8 de septiembre de 2017, en las mismas condiciones notificadas el día 5 de septiembre de 2017.

Nueva carta del 11 de septiembre de 2017 (fl. 191), mediante la cual le reiteran por tercera vez a la demandante continuar con la prestación de servicios, en atención que la actora no se presentó a trabajar el 8 de septiembre de 2017.

Respuesta al derecho de petición, mediante la cual, le informan a la demandante lo siguiente:

- *Que entre esta agremiación y usted nunca se firmó un contrato de trabajo, usted suscribió con GERALMEDIC un convenio de ejecución dentro de un contrato sindical, cuya figura es una prestación de servicios colectiva.*
- *Que GERLMEDIC Sindicato de Gremio nunca dio por terminado el convenio de ejecución suscrito entre las partes, esta agremiación decidió suspender provisionalmente su convenio de ejecución debido a las quejas presentadas por la empresa contratante.*
- *Que el día 05 de septiembre del año en curso, la Junta Directiva de esta agremiación decidió revocar la medida de suspensión provisional del convenio de ejecución en consideración a su estado de gravidez, en dicha notificación de revocatoria se le solicitó a la Doctora Pineda que se presentara el día 07 de septiembre del año en curso, a las 08am, en la oficina de la empresa JERSALUD, con el fin de continuar con el Desarrollo del Convenio de ejecución que venía prestando; a su vez se notificó a la empresa contratante que a la Doctora Paula Andrea Pineda le fueran reasignadas sus labores de tripulante médico de ambulancia terrestre a labores administrativas inherentes a su profesión, con la misma disponibilidad de tiempo (turnos) en que venía prestando sus servicios, teniendo en cuenta que estos deberían ser prestados en horas diurnas.*
- *Que empresa JERSALUD SAS ha notificado desde el día 10 de septiembre a GERALMEDIC que a pesar de las reiteradas esperas que la Dra. Pineda se reintegre a sus labores, la Dra. nunca se hizo presente.*
- *Que según solicitud realizada por la Dra. Paula Pineda mediante derecho de petición del día 3 de noviembre de los corrientes, GERLAMEDIC procedió a realizar el retiro de la Dra. Pineda del Sistema de Seguridad Social, quedando así GERALMEDIC al día con el pago de Seguridad social de la Dra. al 31 de octubre de los corrientes.*
- *Que conforme a la reglamentación pertinente la EPS Sanitas será la que reconozca directamente la correspondiente licencia de maternidad, por lo tanto, la Dra. Pineda debe acercarse a su EPS y tramitar personalmente lo correspondiente a su caso.*

Conforme lo anterior, se acredita la prestación personal del servicio de la demandante, ahora, se traslada a la demandada la carga de la prueba, con el fin de que desvirtúe el elemento de subordinación, o si de conformidad con el material probatorio del plenario, se acredita un contrato realidad con JERSALUD, tal y como lo pide la parte demandante.

Así las cosas, reposa comunicación del 14 de agosto de 2017 donde se señala:

Señores

GERALMEDIC

Asunto: Solicitud de cambio de persona adscrita a GERALMEDIC.

Por medio de la presente, nos permitimos solicitar de manera INMEDIATA el cambio de personal en reemplazo de la Doctora PAULA PINEDA por el cumplimiento del contrato firmado entre ustedes y la sociedad que represento. Lo anterior, se sustenta en la actitud de la mencionada Dra. la cual abusando de su estado de embarazo ha generado:

1. *No cumple el turno asignado.*
2. *Se niega a realizar horas extras en su turno requeridas por necesidad del servicio.*
3. *Ha presentado excusas de supuestas citas médicas para no cumplir turnos.*
4. *A la hora de cumplir con sus funciones de MEDICO designa a los compañeros de turno de la móvil a que realicen el manejo de los equipos y del presente, en asuntos exclusivos del manejo de personal MEDICO PROFESIONAL, mas no de los acompañantes técnicos de la móvil, exponiendo a los pacientes a un riesgo no contemplado en su atención.*
5. *La relación con sus compañeros y el personal administrativo de JERSALUD SAS, se ha contemplado inmanejable por la actitud de la Dra. la cual escuda su actuación indebida en su estado de embarazo.*
6. *Incumple los turnos establecidos para ella con abandono de sus actividades en reiteradas ocasiones diciendo que por estado puede hacerlo.*
7. *Negarse a realizar traslados porque su turno ya va a terminar y no la pueden obligar a realizar otro traslado, exponiendo la vida del paciente a trasladar.*

Con lo anterior, se acredita que el requerimiento se realizaba entre entidades, en este caso JERSALUD le requería a GERALMEDIC del cambio de personal, en virtud del contrato que habían suscrito éstas dos.

Ahora, se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien indicó que, nunca recibió llamados de atención por parte de JERSALUD, y quien le daba órdenes era el señor Néstor Becerra.

Igualmente, se recibió el testimonio del señor NESTOR IVAN BECERRA, quien manifestó que se encontraba afiliado a GERLMEDIC, y se vinculaban a través de convocatorias que realizaban GERALMEDIC y JERSALUD.

Por su parte, el señor ANDRES SANTIAGO CALCETERO GONZALEZ, señaló que trabajó para JERSALUD SAS mediante contrato a término fijo por el tiempo

de 2 años, y que, de lo que le consta, la demandante nunca tuvo llamados de atención por parte de JERSALUD.

El señor ALEXANDER PEÑA LINARES indicó que trabajó para JERSALUD SAS en el cargo de radio operador, y luego como conductor, que trabajó con la demandante en el año 2017, que los turnos los asignaba la señor Luz Dary Poveda – asistente de JERSALUD SAS, que no le consta que le hicieran llamados de atención a la demandante.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar que la Sala comparte la decisión de primera instancia, por cuanto no es posible dentro del presente asunto dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo a favor del demandante, pues las pruebas arrimadas al plenario no logran demostrar de manera fehaciente el elemento de subordinación respecto de la demandada JERSALUD SAS, y que ésta última fungió como verdadero empleador al ejercer el poder subordinante, por el contrario, de las pruebas arrimadas al plenario, se logra desvirtuar el elemento de subordinación, pues valga recordar que los turnos que coordinaba la señora Luz Dary, lo hacía en el ejercicio propio de desarrollo del objeto contractual suscrito entre las demandadas, precisando que dicha coordinación era necesaria y propia de la ejecución del contrato sindical así es que no puede indicarse que cualquier actividad en este sentido, se viera como un elemento de subordinación, se reitera que no hay prueba alguna que acredite que existió el elemento subordinante entre JERSALUD y la demandante.

De otro lado, se tiene por acreditado que la demandante se afilió a GERALMEDIC el 10 de marzo de 2017, tal como obra a folio 164 del expediente digital y comenzó a prestar sus servicios a JERSALUD, según los hechos de la demanda el 21 de abril de 2017, es decir, que la afiliación no fue concomitante con el inicio de la prestación del servicio a JERSALUD.

Conforme lo antes expuesto, no es procedente declarar la existencia de un contrato realidad entre JERSALUD SAS y la demandante, pues no se acreditan los elementos para ello, razón por la cual se confirmará su absolución.

DEL REINTEGRO Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE QUE TRATA EL ART. 239 CST:

De otro lado, el Juez de primer grado **CONDENÓ** a la demandada GERALMEDIC SINDICATO DE GREMIO a pagar a la demandante PAULA ANDREA PINEDA, la sanción de que trata el artículo 239 del CST equivalente a \$2.896.800, suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación, con el fin de que se revoque esta condena, teniendo en cuenta que lo que realmente sucedió fue una suspensión del contrato y no una terminación del mismo, como lo estipula de manera objetiva el Art. 239 del CST, en tanto que estamos en presencia de un contrato sindical, no frente a un contrato de trabajo, que si bien es cierto se aplican algunas normas laborales, no en su totalidad, por lo tanto le aplica todos los reglamentos o similares que tenga la organización sindical al caso que nos ocupa el artículo 239 del contrato sindical de GERALMEDIC y ya efectivamente se leyó en su momento y que está anexo a la contestación de la demanda folio 95 en el cual faculta la Junta directiva de los derechos sindical para hacer la suspensión.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita se acceda al reintegro solicitado en la demanda, pues la demandante no accedió al reintegro reclamado por GERALMEDIC, al no haber un proceder leal, correcto y honesto por parte de las demandadas desde que desvincularon a la demandante con la suspensión inventada, tomada de un artículo del Reglamento Interno de Trabajo, precisando que el supuesto proceso disciplinario nunca lo finalizaron, y si bien le remitieron varios escritos, tales como el 5, 7, 11, debe tenerse en cuenta que el 31 la demandante había remitido a las demandadas la notificación del Ministerio del Trabajo, que de conformidad con la documental visible a folio 52 del expediente, se tenía claro desde ese momento que se pretendía una protección al fuero de maternidad de la demandante, pues las demandadas no le daban garantías para reintegrarse, estando guiada por su entonces abogado, se confió al pensar que al estar ante una autoridad seria, como lo es el Ministerio de Trabajo, precisando que la citación se realizó el 31 de agosto, para realizar la diligencia el 11 del siguiente mes, frente a lo cual, las demandadas si se afanaron y empezaron a enviar una cantidad de citaciones, que entre ellas está la del 5 de septiembre en la que le proponen a la demandante una reubicación a un cargo administrativo, conforme la documental visible a folio 47, sin embargo en la diligencia de conciliación, la demandadas JERSALUD dejó constancia que, no tenía ánimo conciliatorio, por cuanto no mediaba vínculo laboral entre las partes, sin que se acredite el trámite disciplinario para con la demandante.

Al respecto, se comenzará con el estudio frente a la pretensión relacionada con la del **despido de la demandante sin justa causa, en la medida que alude haber estado protegida por el fuero de maternidad**; y sin autorización de la autoridad competente; se hace necesario estudiar si se cumplen aquí los presupuestos contenidos en el artículo 239 del C.S.T. que constituyan una prohibición para despedir, norma que al respecto señala:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.
2. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> **Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.**
3. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

Esta misma indemnización se aplicará en el caso del despido de un trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. *En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.*

5. <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> *Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.”*

Frente a este precepto normativo, es oportuno traer a colación un aparte de la sentencia de la H. Corte Constitucional SU- 070 de 2013, la cual señala que:

“(…) El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que

califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos (...).”

Ahora bien, a folio 5 del expediente digital reposa carta en la que la demandante informa a la demandada GERALMEDIC su estado de embarazo, en la que indica: *“Señores GERALMEDIC y JERSALUD S.A.S... atentamente me permito informarles que según examen practicado me encuentro en estado de gestación.”* Conforme lo anterior, se tiene por acreditado que las demandadas tenían conocimiento del estado de embarazo de la actora.

Sin embargo, mediante misiva del 11 de julio de 2017, JERSALUD solicita cambio de personal a GERALMEDIC, que el 17 de agosto de 2017 (fl. 35) comunica GERALMEDIC a la demandante la queja presentada por JERSALUD.

Que la demandante fue citada a descargos, y mediante comunicación del 22 de agosto de 2017 (fl. 38), le informa a la demandante que existe una nueva queja y que tiene 3 días para presentar descargos, luego el 22 de agosto de 2017 GERALMEDIC decide suspender el convenio de ejecución por las quejas presentadas, frente a lo cual, la demandante presenta solicitud de revocar la decisión de suspensión de su contrato; para lo cual GERALMEDIC le solicita a la demandante se presente el 7 de septiembre de 2017 para continuar con la ejecución del convenio, al decidir revocar la suspensión.

Posteriormente, se le informa a la demandante que han sido reasignadas sus funciones de tripulante médico de ambulancia terrestre a labores administrativas inherentes a su profesión con la misma disponibilidad de tiempo (turnos).

No obstante lo anterior, con documental del 7 de septiembre de 2017, le indican a la demandante que no se presentó a continuar con el convenio (fl. 50), por lo que le reiteran el requerimiento de presentarse para continuar con la ejecución del contrato, sin que la demandante se presente en el sitio de trabajo.

Finalmente, por tercera vez, requieren a la demandante mediante comunicación del 11 de septiembre de 2017, para que se presente a trabajar, con el fin de continuar el desarrollo del convenio de ejecución, sin que la actora se hubiese presentado, pese los 3 requerimientos efectuados a la demandante.

Así mismo, se encuentra a folio 194 del expediente digital, carta fechada del 28 de julio de 2017 donde la demandante solicita se reporte novedades de terminación del contrato a fin de que le sea pagado la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que se realizaron aportes en salud por parte de GERALMEDIC hasta octubre de 2017.

Se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien señaló que sí recibió la carta del 5 de septiembre donde le informaban el reintegro, y que no se presentó por recomendación de su abogado y del psicólogo, y qué estaba esperando que estos acudieran a la citación al Ministerio de Trabajo, que es cierto que recibió 3 notificaciones para que continuará con el contrato de convenio que si solicito la afiliación en octubre y que no presentó incapacidades por no presentarse en las fechas que se les señalaron para que se reintegrara.

Conforme lo anterior, si bien se tiene acreditado que a la demandante se le suspendió el contrato de convenio para la prestación de servicios a JERSALUD, en estado de embarazo, lo cierto es que, no se demostró justificación objetiva al respecto, configurándose con esto una violación a su fuero materno, sin embargo, no puede perderse de vista que ésta decisión fue revocada y que pese se le solicitó a la demandante se presentara a continuar con la ejecución del contrato, la actora no se presentó a reanudar con sus servicios tal y como lo aceptó en el interrogatorio de parte y como dan cuenta las misivas anteriormente señaladas.

Aunado a la anterior, se le informó a la demandante que efectivamente se le cambiarían sus funciones que venía ejecutando por unas administrativas, sin que la señora PAULA PINEDA se acercara a las instalaciones de la demandada, y si bien en un primer momento existió una violación al fuero de maternidad del cual la demandante gozaba, lo cierto es que la misma actora fue renuente a las propuestas presentadas por la demandada, sin que el no reintegro obedezcan a causas médicas o psicológicas, tal y como lo manifestó en su interrogatorio de parte, razones suficientes para despachar de manera desfavorable la solicitud de reintegro, presentada por el apoderado de la parte demandante, pues conforme las pruebas allegadas al plenario, se reitera que, fue la misma demandante quien se negó a reintegrarse en sus funciones, pese a los múltiples requerimientos de la accionada, sin que sean de recibo los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora.

Finalmente, el apoderado de la demandada GERLMEDIC presentó recurso de apelación, indicando que lo que realmente sucedió en el presente asunto, fue una suspensión del contrato y no una terminación del mismo, como lo estipula de manera objetiva el Art. 239 del CST.

No obstante lo anterior y habida consideración que en efecto hubo una suspensión del contrato, el cual se hizo cuando la demandante se encontraba en estado de embarazo, procede condena en contra de GERALMEDIC a pagar la sanción de que trata el artículo 239 del código sustantivo del trabajo, suma deberá ser indexada al momento de pago, conforme lo indicó el Juzgado de primera instancia, sin que sea procedente realizar el cálculo del mismo, por no ser objeto expreso de apelación, razones suficientes para despachar desfavorablemente las súplicas del apoderado de la demandada GERALMEDIC.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto de 2022.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310502920190053701](https://www.gub.uy/11001310502920190053701)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 036-2021-00141-01

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

DEMANDANTE: RITA DELIA NUMPAQUE
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACION DEMANDANTE.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor de la demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional a favor de la entidad de seguridad social, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante presentó alegaciones, según lo ordenado en auto del 24 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **RITA DELIA NUMPAQUE**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece de folios 7-13 del cuaderno 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR a COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, desde el 30 de septiembre de 1996, fecha en que falleció su compañero permanente, el señor **JOAQUIN ARTURO RUIZ MEDINA**.
- 2. CONDENAR** a la entidad demandada, a pagar los intereses moratorios e indexación.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la demandante no acreditó el cabal cumplimiento de los requisitos legales para la obtención de la prestación incoada, aunado a que ya le reconoció una indemnización sustitutiva. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y no configuración del derecho a pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Mediante proveído del 17 de febrero de 2022, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (carpeta 5).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 20 de febrero de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora RITA DELIA NUMPAQUE es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor JOAQUÍN ARTURO RUIZ MEDINA en su condición de compañera permanente superstite.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer pensión de sobrevivientes a la señora RITA DELIA NUMPAQUE a partir del 01 de octubre de 1996.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de las mesadas causadas entre el 01 de octubre de 1996 al 03 de junio de 2017 y probada la excepción de compensación.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante como retroactivo pensional entre el 04 de junio de 2017 y hasta la fecha de inclusión en nómina, por 14 mensualidades al año. Como retroactivo entre el 04 de junio de 2017 al 28 de febrero de 2023 se condenará al pago de \$41.328.606.

SEXTO: Se autoriza a Colpensiones para que del retroactivo causado, descuenta el valor reconocido como indemnización sustitutiva esto es \$1.421.121 en Resolución GNR 268560 del 24 de octubre de 2013, siempre y cuando la demandante lo hubiere recibido.

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: remítase la presente sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta, a favor de Colpensiones.”

El juzgado procedió a corregir el numeral quinto de la sentencia emitida, en el entendido de indicar que el retroactivo pensional ascendía a la suma de \$70.500.401.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE y DEMANDADA

El apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando: “*primero que todo por la excepción de prescripción, buscando con ello que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, la revise y ordene el reconocimiento de la pensión de mi poderdante desde el 30 de septiembre del año 1996, en la medida que la señora RITA DELIA NUMPAQUE, había solicitado el reconocimiento de la prestación desde el año 2010, y en esa medida tiene en esa lucha constante para lograr el reconocimiento, además se debe tener en cuenta que la petición de reconocimiento de la pensión se hizo el día dos de marzo del año 2020, y al encontrarse que si hay lugar a decretar la excepción de prescripción debería reconocerse la prestación pensional de mi poderdante desde el día 2 de marzo del año 2016, y no desde el 4 de enero de junio, teniendo en cuenta que el 4 de junio es la fecha de emisión de la resolución; sin embargo mi poderdante si había solicitado desde el día 2 de marzo, lo que la hace acreedora de las mesadas pensionales, desde el 2 de marzo hasta el 4 de junio del año 2017, adicional a eso me permito presentar recurso de apelación, en cuanto a los intereses moratorios y solicitar al Honorable Tribunal que se reconozcan esos intereses moratorios, teniendo en cuenta que desde el año 2016, en la sentencia SU 442 y el año 2018 con la sentencia SU-005, se determinó la posibilidad de acudir a la condición más beneficiosa para tener en cuenta la normatividad anterior de reconocer el derecho pensional de las personas que han sido beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, entonces no hay ninguna excusa para Colpensiones en este momento en no reconocer la pensión de mi poderdante desde el momento en que se solicitó, como repito año 2017 y ya este precedente indicado anteriormente y que fue explicado en la demanda y fue el sustento de la pretensión número 1 estaba desde el año 2016, en esa medida me permito solicitar al Honorable Tribunal se modifique la sentencia, en estos dos puntos.*”

Mientras que COLPENSIONES, manifestó: “*me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho, solicitando de manera respetuosa a los Honorables magistrados, tener presente que la negativa en el reconocimiento y pago del derecho pretendido en esta litis, se encuentra llamado*

al fracaso, cuando quiera que la parte demandante careced de soporte practico y jurídico que le asista vocación de prosperidad en su petitum, no sin antes advertir que en el evento de haberse reconocido y pagado otra prestación a cargo del sistema como es la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, esto causa incompatibilidad con la petición elevada ante la jurisdicción y la reconocida previamente por la entidad, máxime cuando por expresa prohibición constitucional son incompatibles dos asignaciones y prestaciones por parte del sistema o del tesoro público, por lo que entre las pruebas aportadas al proceso como del expediente administrativo se encuentra que mediante Resolución GNR 268560 del 24 de octubre de 2003, se reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, pues el causante no alcanzó acreditar los requisitos para acceder al derecho pensión, por lo que le fue reconocida esta prestación y conforme a lo anteriormente manifestado, la indemnización sustitutiva ya reconocida y de la pensión que se pretende reconocer son incompatibles, mi representada ha expresado con fundamento, fundadas razones que no es procedente acceder a la prestación solicitud pues esta fue decidida conforme a derecho por lo cual no existe razón fáctica, ni jurídica para que se esté reclamando el derecho a través del cual la demandante no es acreedora”

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del afiliado JOAQUIN ARTURO RUIZ MEDINA. **2.** En caso afirmativo se habrá de resolver lo relacionado con la procedencia de los intereses moratorios y la excepción de prescripción.

Al respecto debemos tener en cuenta que las pensiones de sobrevivientes por regla general **se rigen por la norma vigente en que se produce la muerte del afiliado o pensionado**. Sin embargo, por vía jurisprudencial se ha establecido una excepción a esa regla general, la que se deriva en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y se presenta, cuando ante un cambio del sistema de seguridad social en pensiones, el nuevo contempla unos requisitos más gravosos que el anterior.

Este criterio lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación N° 40662 del 15 de febrero de 2011 y SL

2843 de 2021, mediante la cual determinó que la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.

Así mismo, nuestro máximo órgano de cierre ha enunciado que, este principio no le permite al juzgador efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a la situación, en la medida que ello desconocería la aplicación inmediata de las leyes sociales y el hecho que éstas en principio rigen hacia el futuro, de acuerdo a lo definido en la sentencia 44509 del 14 de agosto de 2013, reiterada en la sentencia SL 2078 de 2022, lo que indica que solo este beneficio permite aplicar, la normatividad anterior a la que se encuentra vigente:

“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos “plusultractivos”, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica”

En este orden de ideas, se tiene que en el presente asunto el afiliado **JOAQUIN ARTURO RUIZ MEDINA**, falleció el 30 de septiembre de 1996 (folio 18 carpeta 1), por lo que en principio la norma aplicable sería el artículo 46 la Ley 100 de 1993, en su texto original, resultando indiscutible que el afiliado no logró cotizar 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a su deceso, toda vez que de la historia laboral del asegurado, se logra determinar que para el momento de su fallecimiento no se encontraba cotizando al sistema, ya que el último aporte lo efectuó al sistema general en pensiones para el ciclo septiembre de 1981 (carpeta 1, expediente administrativo).

Por tanto, es posible estudiar la controversia en comento conforme al principio de condición más beneficiosa, que permite acudir a la normativa inmediatamente anterior, que sería, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año.

Al respecto, cabe mencionar que el mencionado precepto jurídico, contempla que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que el afiliado haya cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la calenda del deceso o 300 semanas, en cualquier época con anterioridad a la configuración del riesgo.

Ahora, la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 11548 de 2015 y SL 5147 de 2020, en torno a la aplicación del Acuerdo mencionado, ha indicado que las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al fallecimiento, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. En tanto, respecto del ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al fallecimiento, esa densidad debe estar satisfecha, pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacia atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento.

Frente a esta última hipótesis, nuestro máximo órgano de cierre en las sentencias referenciadas, realizó dos precisiones: La primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1º de abril de 1994, deben haber acreditado esa densidad de semanas -150 semanas- dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y adicionalmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993; y la segunda, para quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1º de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.

Así las cosas, realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos de la historia laboral que obra dentro del expediente administrativo que el asegurado fallecido, cotizó 269.29 entre el 1 de agosto de 1976 y el 28 de septiembre de 1981, por lo que en principio tampoco dejó causada la prestación bajo los presupuestos enunciados en el Acuerdo 049 de 1990, de no ser porque en la sentencia SL 1981 de 2020 y SL 412 de 2021, se estableció la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS con los aportes sufragados a esa entidad, a efectos de acceder a las pensiones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, con fundamento en lo enunciado en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

«(...) que coexistían dispersamente y condicionaban la validez de los tiempos laborados a situaciones tales como que hubieran sido objeto de aportes, laborados en determinados sectores o entidades, cotizados a específicos entes previsionales. Por consiguiente, precisa la Corporación,

que la adición de tiempos públicos servidos y semanas cotizadas para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, solo resulta posible, respecto de circunstancias fácticas suscitadas en vigencia del sistema general de seguridad social, con independencia de la legislación que les sea aplicable para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos, esto es, si por virtud del régimen de transición o de la condición más beneficiosa, debe acudirse a una anterior a la Ley 100 ibidem.”

Igualmente, en la sentencia CSJ SL5147-2020, se dejó sentado que respecto de las pensiones de invalidez y sobrevivencia: *“la acumulación de los tiempos públicos servidos sin cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales con los aportes sufragados a esa entidad, con la finalidad de acreditar las exigencias de aportes previstas en los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990 procede cuando se invoque su aplicación en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa.”*

En este orden de ideas, atendiendo lo expuesto precedentemente y tal como ya se mencionó la historial laboral aportada dentro del expediente administrativo, da cuenta que el afiliado cotizó al régimen que COLPENSIONES administra, 269.29 semanas, entre el 1 de agosto de 1976 y el 28 de septiembre de 1981, que sumados a los tiempos públicos laborados en la Gobernación de Boyacá como conductor, esto es, entre el 18 de septiembre de 1959 y el 14 de julio 1964 y desde el 1 de enero de 1967 y el 30 de septiembre de 1969, se obtiene un total de 2727 días, lo que es equivalente a 389, por lo que se concluye que antes del 1 de abril de 1994, el causante había cotizado 658.29 semanas, y en esa medida dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios.

De lo anterior es dable concluir que no erró el Juzgado en reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la aquí demandante, como quiera que frente a la calidad de beneficiaria no existe discusión al respecto, en consideración a que le fue reconocida la indemnización sustitutiva - *Resolución 268560 24 de octubre de 2013 (folio 37 cuaderno 1)*-siendo los mismos beneficiarios para la pensión de sobrevivientes, y así lo ha dejado sentado la Sala de Casación en sentencia n.º31055 de 2017, en la que se enunció: *“si los requisitos para la pensión de vejez no están satisfechos para la fecha de fallecimiento, los eventuales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son los mismos de la indemnización sustitutiva, lo que quiere decir que quienes no tuvieron la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tampoco lo serán para la referida indemnización”*

Aunado a que dentro del expediente administrativo se incorporaron dos declaraciones extrajudicio, en las que los señores AQUINILO RONCANCIO SUSPES y MARIA IRENE SALAS DE OCHOA manifestaron que la demandante

convivió con el señor JOAQUIN ARTURO RUIZ MEDINA desde el 1 de enero de 1960 hasta el día en que el afiliado falleció, documentos que no fueron desconocidos por la pasiva.

En este orden de ideas, la demandante RITA DELIA NUMPAQUE, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 30 de septiembre de 1996, fecha en que falleció su compañero permanente, en cuantía equivalente al mínimo legal, sin que el monto de la prestación haya sido objeto de reparo por la accionante; sin embargo, la pasiva propuso la **excepción de prescripción**, por lo que atendiendo lo normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno, solo será reconocida desde el 19 de marzo de 2018, por las razones que pasan a enunciarse:

Se verifica que el beneficio pensional se causó el 30 de septiembre de 1996, siendo peticionada la prestación inicialmente el 12 de agosto de 2010, y atendida por Resolución 268560 del 24 de octubre de 2013, acto administrativo notificado el 22 de noviembre de 2013; empero la demanda no se presentó dentro de los tres años siguientes.

En esa medida, en atención a lo dispuesto por el artículo 489 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S., que estipulan que la prescripción se interrumpe por una única vez y por un lapso igual, aquella petición presentada el 2 de marzo de 2020 (folio 31 cuaderno1), ya no tuvo el carácter de interrumpir este fenómeno jurídico, por lo que la calenda en que fue presentada la demanda -19 de marzo de 2021, sirvió de base para contabilizar el término trienal, concluyéndose entonces, que todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2018, se vieron afectadas por este medio exceptivo.

En esa medida, el retroactivo generado desde el 19 de marzo de 2018 hasta la fecha indicada por el Juez de Primera instancia –febrero de 2023-, teniendo en cuenta el salario mínimo para cada anualidad, asciende a la suma de \$61.515.892, con base a 14 mesadas anuales, dado que el derecho pensional se causó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

AÑO	MONTO DE LA MESADA	NUMERO DE MESADAS	TOTAL
2018	\$ 781.242,00	11	\$ 8.593.662,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	14	\$ 12.719.364,00
2022	\$ 1.000.000,00	14	\$ 14.000.000,00

2023	\$ 1.160.000,00	2	\$ 2.320.000,00
			\$ 61.515.892,00

Por ende, habida consideración que los valores reseñados resultan inferiores a los determinados por el A-quo, se modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se precisa que el reconocimiento a favor de la actora de la indemnización sustitutiva no impide el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, y así lo dejado sentado nuestra Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-5147 de 2020, más cuando se ordenó su compensación.

INTERESES MORATORIOS

Los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden cuando existe retardo en el pago de las mesadas pensionales, como quiera que las entidades de seguridad social se encuentran obligadas al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones, tal como lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.

En esa medida, los mismos están contemplados para reparar los efectos ocasionados por el pago tardío de la pensión a la que hubiere lugar y no como una sanción al deudor, por lo que su naturaleza es netamente resarcitoria y no sancionatoria, por lo tanto su imposición no está sometida a estudiar la conducta de la administradora de pensiones o si su actuar estuvo revestido de buena fe, incluso es ajeno a *«las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas»*, pues solo basta con que se verifique una tardanza en el pago de las respectivas mesadas pensionales. (CSJ SL10728-2016, CSJ SL662-2018 y CSJ SL1440-2018).

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral –*SL 5013 de 2020*– ha previsto una serie de eventos en los que se exceptúa el pago de los mismos, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Entre ellos, por ejemplo, se encuentran cuando: *i)* se actúa en acatamiento de la disposición legal aplicable, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial; *ii)* existe conflictos entre posibles beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria, *iii)* se trata de pensiones convencionales *iv)* por virtud del principio de la condición beneficiosa: *“Teniendo en cuenta el precedente anterior, en el caso bajo examen no era viable condenar a la accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el precitado art. 141 de la Ley 100/93, en atención a que la pensión de sobrevivientes se reconoció con sujeción al principio de la condición más beneficiosa, y además, la*

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en sede administrativa, para negar el derecho pretendido, se sometió a la norma vigente para la fecha del deceso del afiliado, señor Edilberto Forero Pérez (q.e.p.d). En tal sentido, actuó bajo el amparo de una disposición en pleno vigor.”

Por lo expuesto la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA, frente a este tema, toda vez que la prestación aquí otorgada se concedió por virtud del principio de la condición más beneficiosa, tan es así que en su momento –año 1996- el ISS concedió una indemnización ante la falta de cumplimiento de los requisitos legales para la causación del derecho pensional; más si se tiene que para esa época no existía el criterio de computar tiempos de servicios no cotizados al ISS, con los aportes sufragados a esa entidad, para acceder a las prestaciones del acuerdo en mención .

Por último, se adicionará la sentencia de primera, en el entendido que sobre el retroactivo pensional reconocido a la aquí demandante, deberán efectuarse los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, así como la suma pagada por indemnización sustitutiva.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de febrero de 2023, en el sentido de DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas entre el 1 de octubre de 1996 y el 18 de marzo de 2018, conforme se expuso.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de febrero de 2023, en el entendido que el retroactivo pensional causado desde el 19 de marzo de 2018 hasta el 28 de febrero de 2023, a favor de la señora RITA DELIA NUMPAQUE, asciende a la suma de \$ 61.515.892, conforme se indicó.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que sobre el retroactivo pensional reconocido a la aquí demandante, COLPENSIONES deberá efectuar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

SEXTO: Sin Costas en esta instancia.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503620210014101](#)