

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrado Sustanciador: Gustavo Alirio Tupaz Parra.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

#### I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuestos por **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de agosto del 2022 dentro del proceso ordinario laboral que promueve el **RECURRENTE** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

#### II. ANTECEDENTES

##### 1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la reliquidación de la pensión conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, esto es con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% del salario promedio del último año de servicio laborado, así mismo, tener en cuenta los factores salariales devengados como profesor universitario entre los años 2005 a 2007 y que reconozcan y paguen las mesadas causadas entre el 18 de agosto del 2013 y el 30 de septiembre de 2016, al no presentarse el fenómeno prescriptivo.

De forma subsidiaria, depreca se tenga en cuenta la bonificación por servicios prestados devengada durante el tiempo que se desempeñó como Jefe de la Oficina Jurídica de Visas e Inmigración y como Jefe de la Oficina Jurídica de Pasaportes del Ministerio de Relaciones Exteriores

Se edifica la demanda y de forma principal, en los siguientes hechos:

- 1)** Por medio de Resolución RDP 005073 del 24/02/2020, la demandada ordenó reconocer y pagar pensión de vejez vitalicia, conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, al ser beneficiario del régimen de transición; **2)** Se reconoció la prestación en la suma de \$1.676.932 a partir del 18/08/2013, con efectos fiscales a partir del 01/10/2016 por prescripción; **3)** Contra la mencionada Resolución interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación para que se reliquidara su pensión, teniendo en cuenta que, a su juicio, no se había liquidado la prestación de acuerdo con lo establecido en la Ley 33 de 1985, se había omitido factores salariales y se declaró una prescripción; **4)** Los recursos interpuestos se resolvieron de manera desfavorable mediante Resoluciones RDP 007026 del 17/03/2020 y RDP 010073 del 22/04/2020, confirmando la Resolución RDP 005073 del 24/02/2020; **5)** Ante su “insistencia” con derechos de petición, mediante Auto RDP 004557, la UGPP volvió a confirmar la Resolución RDP 005073; **6)** Considera que el valor de la pensión reconocida se encuentra errada y por ende debe ser superior, pues al desempeñarse como empleado público durante los últimos 28 años, se debe tener en cuenta el salario del último año con los aumentos actualizados y no el salario de los últimos 10 años como lo hizo la Resolución que le reconoció la prestación pensional; **7)** La Resolución RDP 005073 del 2020, no se tuvo en cuenta que laboró simultáneamente como empleado público del Ministerio de Relaciones Exteriores y como profesor universitario hora cátedra en la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior – CUN, cotizando y pagando para pensión entre los años 2005 al 2007; **8)** Los factores salariales para efectos de la pensión regulada en la Ley 33 de 1985 son enunciativos y no taxativos, lo que no impide la inclusión de otros factores devengados, como es el caso del ejercicio de la docencia universitaria; **9)** Tampoco se tuvo en cuenta en la liquidación de la pensión reconocida, la bonificación por servicios prestados que se le reconoció por el desempeño de sus funciones como Jefe de la Oficina jurídica de visas e Inmigración y como Jefe de la Oficina

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

Jurídica de Pasaportes del Ministerio de Relaciones Exteriores; **10)** La Resolución RDP 005073 se liquidó mal al disponer la fecha de efectos fiscales a partir del 01/10/2016 por prescripción trienal, pues no se tuvo en cuenta que, al haberse liquidado Cajanal acudió a la UGPP a radicar su solicitud de reconocimiento y pago de pensión, la cual no fue recibida, habiendo sido redirigido a Colpensiones, entidad en donde radicó su solicitud el 03/08/2017, con lo que interrumpió la prescripción; **11)** Colpensiones profirió Resolución SUB 192453 del 22/07/2019, por medio de la cual resolvió remitir el expediente administrativo a la UGPP; **12)** El trámite administrativo para decidir lo correspondiente a la pensión de vejez fue adelantado desde el 03/08/2017, fecha en la cual se interrumpió la prescripción.

## **2. Actuación Procesal.**

### **2.1. Respuesta a la demanda**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos (archivos 10 y 10.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción; principalmente, expuso que conforme múltiples sentencias de la Corte Constitucional, la Ley 100 de 1993 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión y se restringió el tema relacionado con el IBL, por lo que una interpretación diferente respecto del cálculo del IBL de las pensiones de régimen de transición, sería contrario a la Constitución y representaría un abuso del derecho.

Manifestó que no hay lugar a la reliquidación de la pensión solicitada, pues tal y como se evidencia en los diferentes actos administrativos que resuelven esta petición, la pensión de demandante fue liquidada conforme los factores salariales reportados y cotizados efectivamente a la entidad, de conformidad con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994,

además, porque el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 consagra la forma en la que será calculado el IBL.

Así mismo, indicó que no es posible liquidar el valor de la posible mesada pensional con base en el último año de salario, pues la prestación solicitada es de carácter legal, lo que implica que el derecho alegado se rige por la normatividad vigente a la fecha del cumplimiento de los requisitos y en esa forma debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece la forma de determinar el IBL en todas las prestaciones pensionales que se reconozcan a partir de su promulgación, tal y como lo estableció la sentencia SU 395 del 2017 de la Corte Constitucional.

Concluyó precisando que, si bien la pensión de jubilación es vitalicia, la jurisprudencia laboral ha reseñado que el derecho a ella no prescribe, sino solamente las mesadas pensionales.

### **3. Providencia recurrida**

El **A quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, refirió que, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantizó para los afiliados la aplicación del régimen anterior en lo concerniente a la edad para acceder a la prestación, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y en monto de la prestación, entendiéndose este último como lo relacionado con la tasa de reemplazo y, en cuanto a la forma en que debe ser liquidado el derecho pensional, estableció que el IBL debe ser calculado conforme lo dispuesto en el artículo 21 de la norma en cita, lo que ha sido reiterado en la jurisprudencia, como por ejemplo en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 5371 de 2014 Rad. 54842, SL 1734 de 2015 Rad. 35416 y SL 16168 de 2015 Rad 52561 y también la sentencia SU 230 del 2015 de la Corte Constitucional.

En cuanto a los factores salariales, dijo, que los mismos se encuentran contenidos en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994 y son los que deben tenerse en cuenta a efectos de calcular el IBL de la prestación, como se expuso

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

en sentencia SL 2445 de 2019, que en el caso concreto se observa que la pensión que le fue reconocida al actor, fue liquidada teniendo en cuenta los factores salariales de los últimos 10 años de servicio, esto es del 05 de septiembre de 1998 al 04 de septiembre de 2008 y que, la bonificación por servicios prestados que el demandante echa de menos, sí fue tomada en cuenta al momento de calcular el monto de su mesada pensional, no así los viáticos pues, conforme al Decreto antes citado, no constituyen factor salarial; respecto de las cotizaciones efectuadas simultáneamente entre los años 2005 a 2007 por la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior – CUN, expuso que las mismas no se tienen en cuenta, como quiera que esta es una entidad de carácter privado y realizó tales cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, y que al habersele reconocido al demandante la prestación pensional con base en la Ley 33 de 1985, esto es conforme los tiempos públicos cotizados, no es posible tener en cuenta tales cotizaciones efectuadas por la CUN.

Respecto de la fecha de causación y disfrute de la mesada pensional, expuso que se remite a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, así como a lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia respecto de la imprescriptibilidad del derecho a la pensión al tratarse de una prestación de tracto sucesivo, con lo que el derecho en sí mismo no prescribe, sino las mesadas dejadas de cobrar por 3 años y, teniendo en cuenta que la demandada sólo tuvo conocimiento de la solicitud de reconocimiento pensional el 01/10/2019, se encuentran prescritas las mesadas pensionales desde el 30/09/2016 al 01/10/2019.

#### **4. Argumentos del recurrente.**

El **DEMANDANTE**, expuso que, en este caso no opera la excepción de prescripción, pues oportunamente acudió a la demandada en donde le indicaron que algunos funcionarios “*estaban siendo pensionados por la UGPP y que otros por Colpensiones*” y que en su caso particular “*era Colpensiones la entidad que debía pensionarme*” y fue por ese motivo que acudió a Colpensiones a solicitar el reconocimiento y pago de su pensión y con tal escrito interrumpió la prescripción, así mismo, señaló que no es problema del usuario el hecho de que esa entidad se demore determinado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

tiempo en realizar el trámite solicitado y que al ser Colpensiones una entidad pública “*se entiende*” que está interrumpiendo la prescripción y por ello, en su caso, la pensión debe reliquidarse a partir del 18 de agosto del 2013.

Precisó que, el fallo de primera instancia realizó un “*estudio muy rápido*”, sin demostrar que está “*amparado por la norma que invoca*”, que a los funcionarios le está permitido por ley ejercer la cátedra universitaria, por lo que el *a quo* no tuvo en cuenta que, por ministerio de la ley, el salario promedio no es la asignación básica que tenía en el Ministerio, sino que debe tenerse en cuenta la asignación que tenía por la cátedra universitaria, además de tener en cuenta que fungió en cargos como Jefe de la Oficina Jurídica de Pasaportes y de Visas en el Ministerio, situación que fue demostrada en el plenario.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el cual fue utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Hay lugar a reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante por la UGPP mediante Resolución RDP 005073 del 2020?

### **Tesis**

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

### **Reliquidación pensional – factores salariales.**

La reliquidación o reajuste de una pensión se presenta cuando el monto asignado por parte de la entidad responsable del reconocimiento prestacional se calcula de forma errónea o se ha omitido un factor salarial.

Ahora bien, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que, frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993:

**“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014\*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior *al cual se encuentren afiliados*. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).”

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que

debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Ahora, y en específico frente a los factores salariales que se deben tener en cuenta a efectos de establecer el I.B.L. y el monto de una pensión de un servidor público, según la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de mayo de 2011, Rad. 37929 reiterada el 27 de agosto de 2014, Rad. 46844, al causarse la prestación en vigencia de la Ley 100 de 1993 son los que señale el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, a menos de que se trate de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no devengaron salario ni efectuaron cotizaciones en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, caso en el que podría resultar aplicables normas anteriores a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, como las que cita el impugnante en su apelación, Decretos 2201 de 1987 y 2123 de 1992.

“Sobre el punto debe decirse que para liquidar la prestación debió procederse conforme con los específicos lineamientos normativos del citado artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, ya que justamente regulan asuntos como el aquí debatido, tal como se dijo en sentencia CSJ SL 10, may, 2011 rad. 37929:

*(...) de interpretarse de manera literal la norma, que es lo que en realidad propone la recurrente, en el primer caso el ingreso base de liquidación estaría constituido por los ingresos que adquirió efectivamente el trabajador, mientras que, en el segundo, lo estaría por las sumas sobre las cuales cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, lo que arrojaría resultados diferentes en tratándose de servidores públicos, porque, como se sabe, respecto de ese grupo de trabajadores la base de su cotización no se integra con todos los ingresos salariales, pues se excluyen algunos, de conformidad con lo establecido inicialmente por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 y actualmente por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.*

*Sin embargo, para la Corte esa interpretación exegética propuesta en el cargo no se corresponde con la naturaleza especial del régimen de transición pensional, ni con los principios que inspiran el sistema general de pensiones consagrados en la Ley 100 de 1993, porque el correcto entendimiento del aludido precepto no puede efectuarse de manera aislada del contexto del sistema general de pensiones, sino que debe llevarse a cabo de manera sistemática con lo esencial de las reglas que gobiernan ese sistema y corresponderse armónicamente con sus regulaciones.*

*Por esa razón, debe tenerse en cuenta que una característica esencial del sistema general de pensiones es la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley 100 de 1993, conforme lo consagra el literal d) de su artículo 13.*

*Esa fundamental característica encuentra cabal desarrollo en el artículo 18 de ese estatuto, en cuanto determina que la base para calcular las cotizaciones será el salario mensual, para los trabajadores del sector privado el que resulte de aplicar el Código Sustantivo del Trabajo, y para los servidores públicos, como la aquí demandante, el que se señale de conformidad con la Ley 4 de 1992; señalamiento que actualmente hace, como se dijo, el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.*

*Lógica consecuencia de ello es que en un sistema esencialmente contributivo como el consagrado en esa ley, la determinación del monto de las pensiones debe estar en función de las cotizaciones efectuadas, de ahí que, en principio, aquellas prestaciones causadas cuando esa cotización es obligatoria, esto es, como regla general, después del 1 de abril de 1994, deben tener como parámetro el ingreso que haya servido de base para efectuar la cotización del afiliado, salvo en los casos de excepción que la jurisprudencia laboral ha tenido oportunidad de puntualizar, como el de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no devengaron salario ni efectuaron cotizaciones en vigencia del sistema pensional consagrado en las varias veces citada Ley 100 de 1993, que no es la situación debatida en el presente proceso.*

*Así lo explicó esta Sala de la Corte en la sentencia del 27 de marzo de 1998 (Rad. 10.440) (...)*

*Así las cosas, la regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respecto del Ingreso Base de Liquidación es especial e independiente de las que gobernaban ese tema en los regímenes anteriores y, en consecuencia, no debía estar sujeta a los mismos lineamientos.*

*Por lo tanto, concluye la Corte que el término devengado, al que se alude en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse conformado con los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con lo establecido por la normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, en particular el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sirvan de base para el cálculo de cotizaciones al sistema general de pensiones.*

*Importa precisar que esa interpretación adoptada por la Corte, que aquí se reitera, no va en contra de lo que ha sido el tratamiento legislativo de la base de liquidación de las pensiones, pues si bien es cierto en varias de las disposiciones legales se acudió al concepto de lo devengado por el trabajador, la Ley 33 de 1985, que es la antecedente de la Ley 100 de 1993, en tratándose de servidores públicos como la actora, al igual que lo hizo ésta, se remitió a la base de los aportes, ya que con toda claridad se indicó en el tercer inciso del artículo 3 que “las pensiones de los empleados*

*oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.*

*Esa disposición fue reiterada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que determinó la base de liquidación de los aportes de los, en ese entonces, denominados empleados oficiales, excluyendo algunos conceptos salariales, y precisó que, “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.*

*Por manera que la directa relación entre las sumas sobre las que ha debido aportarse y la base de liquidación de la pensión, no es una novedad introducida por la Ley 100 de 1993.*

*De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.*

*Por lo tanto, no encuentra la Corte razones para modificar el que ha sido su criterio, expuesto, entre otras, en la sentencia del 26 de febrero de 2002, radicación 17192, que aquí se ratifica y en la que se explicó:*

*El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.*

*Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.*

*Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase.”.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

De conformidad con lo anterior, es claro que los factores salariales a tener en cuenta frente a un servidor público que es beneficiario del régimen de transición y que tuvo cotizaciones en vigencia de la Ley 100 de 1993, es el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 que dispone:

**“ARTÍCULO 1°.** El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados”

Pues bien, según Resolución RDP 005073 del 24 de febrero del 2020 (fls. 17 a 26 archivo 01 y carpeta 010.1), al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de la UGPP, en cuantía de \$1.676.932, teniendo en cuenta para su cálculo los factores que allí se señalan, así:

AÑO	FACTOR	VALOR ACUMULADO	VALOR IBL	VALOR IBL ACTUALIZADO
1998	ASIGNACION BASICA MES	11,178,288.00	5,340,738.00	13,354,253.00
1999	ASIGNACION BASICA MES	11,783,772.00	11,783,772.00	25,248,280.00
1999	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	374,938.00	374,938.00	803,354.00
2000	ASIGNACION BASICA MES	14,041,560.00	14,041,560.00	27,543,612.00
2000	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	409,545.00	409,545.00	803,354.00
2001	ASIGNACION BASICA MES	14,753,472.00	14,753,472.00	26,611,570.00

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

2001	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	430,309.00	430,309.00	776,170.00
2002	ASIGNACION BASICA MES	15,479,352.00	15,479,352.00	25,936,717.00
2002	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	451,480.00	451,480.00	756,486.00
2003	ASIGNACION BASICA MES	16,343,088.00	16,343,088.00	25,594,884.00
2003	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	476,673.00	476,673.00	746,517.00
2004	ASIGNACION BASICA MES	17,166,792.00	17,166,792.00	25,246,395.00
2004	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	500,697.00	500,697.00	736,352.00
2005	ASIGNACION BASICA MES	16,853,269.00	16,853,269.00	23,493,186.00
2005	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	528,236.00	528,236.00	736,352.00
2006	ASIGNACION BASICA MES	19,016,520.00	19,016,520.00	25,282,521.00
2006	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	554,648.00	554,648.00	737,406.00
2007	ASIGNACION BASICA MES	19,872,264.00	19,872,264.00	25,287,361.00
2007	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	579,607.00	579,607.00	737,547.00
2008	ASIGNACION BASICA MES	14,235,367.00	14,235,367.00	17,139,215.00
2008	BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	612,587.00	612,587.00	737,548.00

Observándose que, al momento de efectuar el cálculo o la liquidación de la pensión del accionante, la demandada tuvo en cuenta los factores salariales contemplados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, dentro de los que se encuentran la bonificación por servicios prestados, que echa de menos el actor.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado en apelación, referente a que no se tuvieron en cuenta las cotizaciones efectuadas por la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior – CUN, por el tiempo que se desempeñó como profesor universitario hora cátedra entre los años 2005 a 2007, debe señalar esta Sala que acertada resulta la decisión tomada por el *a quo* en el sentido de no tenerlas en cuenta, como quiera que, a decir del certificado de existencia y representación legal de dicha entidad de educación superior<sup>1</sup>, esta ostenta un carácter privado y, como quiera que la pensión del aquí accionante fue reconocida bajo los derroteros de la Ley 33

<sup>1</sup> Consultado en la página web <https://cun.edu.co/somos-la-cun/regimen-tributario>, pestaña documentos anexos: <https://repo.cunapp.dev/anexos2022/1-cerl-jun-jul-2023.pdf>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

de 1985, no es posible adicionar tiempos de servicios prestados en el sector privado.

Al punto, en sentencia CSJ SL 16081 del 2015 Rad. 48860, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso:

“(…) la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 se concibió como una prestación reconocida por virtud de los servicios prestados al sector público, de manera que, en modo alguno es posible obtener tal resultado con la adición de cotizaciones originadas en servicios particulares, subordinados o no, como son las que se reflejan en las efectuadas al ente de seguridad social demandado.”

Posición reiterada en las sentencias CSJ SL 4838 de 2018 Rad. 56825, CSJ SL 4738 del 2019 Rad. 64663 y CSJ SL 1014 de 2020 Rad. 80015.

### **Prescripción**

Al punto, pacífica y reiterada es la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que indica que el derecho pensional es imprescriptible, no así las mesadas dejadas de reclamar, para los cuales aplica lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Para el caso concreto, señala el actor que el fenómeno prescriptivo no operó, pues efectuó reclamación ante Colpensiones, escrito con el cual interrumpió la prescripción.

Frente al particular, al revisarse los documentos allegados tanto con la demanda como con la contestación, está demostrado que el señor Herrera Herrera elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones el 24 de mayo del 2019, tal y como se evidencia en el Formato Solicitud de Prestaciones Económicas allegado a folios 29 a 30 de la carpeta 010.1 (archivo HERRERA HERRERA PEDRO PABLO), lo que se corrobora con la Resolución SUB 192453 del 22 de julio del 2019 (fls. 81 a 85 del archivo 01), petición con la cual inició el trámite administrativo de solicitud de la pensión de vejez, la cual fue trasladada por Colpensiones a la UGPP

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

mediante el oficio No. 2019\_13117150 del 27 de septiembre de 2019 (fls. 79 a 80 archivo 01) y que se recibió por la accionada el 01 de octubre de 2019 bajo radicado SOP201901029151, tal y como fue señalado en la Resolución RDP 005073 del 24 de febrero del 2020.

Así las cosas, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 151 del CPTSS, la reclamación administrativa fue elevada por el actor el 24 de mayo del 2019 con la petición presentada ante Colpensiones, por lo que el fenómeno prescriptivo debe aplicarse para aquellas mesadas pensionales causadas y no reclamadas con anterioridad al 24 de mayo del 2016 y no como lo pretende el actor.

Por lo expuesto, ha de REVOCARSE el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales que se hicieron exigibles antes del 24 de mayo del 2016. En consecuencia, se CONDENARÁ a la UGPP al pago de las mesadas pensionales causadas entre el 24 de mayo y el 30 de septiembre del año 2016, debidamente indexadas, atendiendo las razones aquí expuestas.

#### **IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **REVOCAR el numeral primero** de la sentencia en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales que se hicieron exigibles antes del 24 de mayo del 2016. En consecuencia, **CONDENAR** a la UGPP al pago de las mesadas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2020 00433 01

Demandante: **PEDRO PABLO HERRERA HERRERA**

Demandado: **UGPP**

pensionales causadas entre el 24 de mayo y el 30 de septiembre del año 2016 debidamente indexadas, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

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

**TERCERO.** - Sin costas en esta instancia.

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

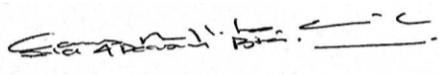
Los Magistrados



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Diego Roberto Montoya

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



Carlos Alberto Cortés Corredor

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.  
Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**  
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por el señor **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de noviembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **EL RECURRENTE** adelanta contra **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 01 de julio de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A., así como el realizado posteriormente a la AFP Colfondos S.A. el 01 de abril del 2000.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones recibidas, los rendimientos financieros y el valor cotizado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sin deducir suma alguna por ningún concepto; y a esta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

última a reactivar su afiliación en el RPM y registrar en su historia laboral el detalle de las cotizaciones transferidas por Colfondos S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLFONDOS S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 08), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivo 09 y carpeta 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

## **3. Providencia Recurrída.**

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA, a través de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**SEGUNDO:** ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**TERCERO:** COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una.

**CUARTO:** En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTASE con el superior a favor de COLPENSIONES.

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

La parte **DEMANDANTE**, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración y previsionales que le fueron descontados al demandante durante el tiempo que estuvo vinculado a esta AFP, de conformidad con las sentencias SL 31989 del 2008, SL 4964 y SL 4989 del 2018, SL 1421, SL 1688 y SL 4360 de 2019, entre otras, en donde la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es deber de las AFP devolver las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que se dio el traslado, por lo que no era legal que se descontaran los gastos de administración y comisiones o seguros previsionales que le fueron descontados al demandante.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.  
Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**  
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la A.F.P. COLPATRIA PORVENIR S.A., así como el posterior realizado a COLFONDOS S.A.?

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 25 de noviembre de 1994 presenta aportes en tal régimen (fl. 30 archivo 01), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 06 de junio de 1995 (fl. 74 archivo 08), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a COLFONDOS S.A., el 25 de febrero del 2000 (fl. 16 archivo 07).

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

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

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 74 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 06 de junio de 1995 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Fajardo Valderrama se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de junio de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PORVENIR S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00504 01.

Demandante: **WILLIAM MIGUEL FAJARDO VALDERRAMA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

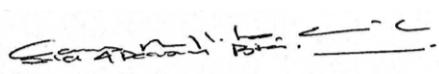
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de diciembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **ELECTRICARIBE S.A. ESP** adelanta contra **LA RECURRENTE**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo de la pensión de vejez reconocida al señor Hugo Emiro López Ruíz, en cuantía de \$71.353.270, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y de no condenar a estos, de manera subsidiaria deprecia el pago de la indexación de las sumas de dinero adeudadas.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los siguientes hechos:

**1)** El señor Hugo Emiro López Ruíz prestó sus servicios a la Electrificadora de Córdoba hoy Electricaribe S.A. ESP, desde el 17 de septiembre de 1970

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

hasta el 30 de diciembre de 1991; **2)** Mediante Resolución No. 048 del 04 de febrero de 1991, la Electrificadora de Córdoba hoy Electricaribe S.A. ESP, le reconoció una pensión legal de jubilación convencional a partir del 01 de enero de 1991; **3)** Ni en la Resolución de reconocimiento ni en la Convención Colectiva que se aplicó, se excluyó expresamente el carácter compartido de la pensión; **4)** Electricaribe S.A. ESP se encuentra inscrita como empleador ante Colpensiones y lo estaba para la fecha de causación tanto de la pensión de jubilación como la legal de vejez; **5)** En su condición de trabajador de Electricaribe S.A. ESP, el señor Hugo Emiro López Ruíz se encontraba afiliado al ISS para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, al momento de la causación tanto de la pensión de jubilación como la legal de vejez; **6)** Por haberse causado con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2879 de 1985, la pensión convencional del señor Hugo Emiro López Ruíz es de naturaleza compartida; **7)** Con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación, Electricaribe S.A. ESP continuó efectuando la totalidad de los aportes a pensión, para posteriormente compartir la obligación de pago de la prestación con el ISS hoy Colpensiones; **8)** El señor Hugo Emiro López Ruíz nació el 28 de septiembre de 1942 y cumplió 60 años de edad el mismo día y mes del año 2002; **9)** Para la fecha en que el señor Hugo Emiro López Ruíz cumplió los 60 años de edad, ya contaba con las semanas necesarias requeridas para una pensión legal de vejez conforme a lo previsto en el Decreto 758 de 1990, por lo que adquirió el derecho a la pensión de vejez legal el 28 de septiembre de 2002; **10)** Mediante Resolución No. 00020793 del 30 de septiembre del 2009, el ISS confirmó la Resolución No. 6856623 y negó el reconocimiento de la pensión al señor Hugo Emiro López Ruíz; **11)** El señor López Ruíz interpuso demanda ordinaria laboral en contra del ISS para obtener el reconocimiento de la pensión legal de vejez; **12)** Mediante sentencia del 11 de junio del 2010, el Juzgado Primero Laboral Adjunto de Montería, ordenó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al señor Hugo Emiro López Ruíz; **13)** Mediante Resolución GNR 034701 del 13 de marzo del 2013, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al señor Hugo Emiro López Ruíz; **14)** Mediante Resolución GNR 242410 del 30 de septiembre de 2013, Colpensiones reconoció la pensión de vejez al señor Hugo Emiro López Ruíz y ordenó el pago del retroactivo por valor de \$71.353.270 a favor del pensionado, desconociendo el carácter compartido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de la prestación; **15)** Mediante Resolución GNR 354863 del 09 de octubre de 2014, Colpensiones reconoció un incremento a favor del señor Hugo Emiro López Ruíz, en cumplimiento de un fallo judicial; **16)** Durante el periodo comprendido entre el 28 de septiembre de 2002 y el 01 de noviembre de 2013, Electricaribe S.A. ESP continuó efectuando el pago de la mesada pensional del señor Hugo Emiro López Ruíz, a pesar de que a partir de dicha fecha, el pago era obligación del ISS hoy Colpensiones; **17)** El 30 de diciembre de 2015 presentó reclamación administrativa a Colpensiones, sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiese obtenido respuesta.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 79 a 102 archivo 01), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción

En síntesis, manifestó que, en el evento en que el trabajador manifieste por escrito ante esa entidad, tener derecho al retroactivo pensional se genera una controversia al respecto, la cual origina una suspensión de reconocimiento y pago del mismo, hasta tanto la justicia laboral defina a quién le corresponde, que en este caso no existe pronunciamiento del asegurado ni de la entidad jubilante acerca del retroactivo pensional, creando controversia, razón por la cual, la Resolución VPB 1578 del 16 de enero del 2015 dejó en suspenso el pago del retroactivo.

Por su parte, el señor **HUGO EMIRO LÓPEZ RUÍZ**<sup>1</sup> (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, sin proponer excepciones de fondo en su defensa.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> Quien fuere vinculado en calidad de litis consorte necesario, como se dispuso en providencia del 16 de junio del 2016 (fl. 75 a 76 archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**PRIMERO:** CONDENAR a la accionada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la entidad accionante Electrificadora del Caribe S.A. ESP – Electricaribe S.A. ESP, el retroactivo pensional reclamado en la demanda, en la suma de \$59.406.206, que pagó la entidad demandante a favor del señor Hugo Emiro López Ruíz por el periodo comprendido entre agosto de 2011 y octubre de 2013 y la indexación de la suma objeto de condena desde la causación y exigibilidad de la obligación que se produce con la ejecutoria de la presente providencia, en virtud de la cual se define el derecho, liquidación que se efectuará mes a mes hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

**SEGUNDO:** ABSOLVER de las restantes pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**TERCERO:** COSTAS en sede de esta instancia a cargo de la entidad accionada Colpensiones, vencida en el proceso. Se fija la suma de \$3.000.000 por concepto de agencias en derecho.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, refirió que, el ISS comparte las pensiones extralegales cuando se causen con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, esto es del 17 de octubre de dicho año y en adelante, si el empleador continúa aportando al ISS para los seguros de vejez, invalidez y muerte, a menos que las partes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la pensión de vejez del ISS, lo cual no se demostró en el plenario, pues no se acreditó que, entre la accionante y sus trabajadores se hubiere acordado que la pensión convencional concorra con la pensión de vejez del ISS.

Por lo anterior, ordenó el pago de la suma de \$59.406.206, valor que pagó la demandante a favor del señor Hugo Emiro López Ruíz por el periodo comprendido entre agosto de 2011 y octubre de 2013, conforme la documental allegada al proceso, precisando que el retroactivo pensional que reconoció Colpensiones a favor del citado señor López Ruíz en la suma de \$71.532.270 por el mismo periodo antes citado, se calculó con una mesada pensional superior a la reconocida por la entidad demandante, ello con la indexación de las sumas objeto de condena desde la causación y exigibilidad de la obligación que se produce con la ejecutoria de la presente providencia, en virtud de la cual se define el derecho, liquidación que se efectuará mes a mes hasta cuando se produzca el pago de lo debido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**COLPENSIONES**, manifestó que actuó en estricto cumplimiento de una orden judicial, pues mediante Resolución GNR 242410 del 30 de septiembre de 2013 se dio cumplimiento al fallo proferido el 11 de junio del 2010 por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Montería reconociendo, en consecuencia, una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor Hugo Emiro López Ruíz a partir del 28 de septiembre de 2002 con una mesada pensional de \$1.452.752 y un retroactivo pensional de \$71.353.270.

Precisó que esa entidad siempre ha actuado dentro de los parámetros legales, amparada por el principio de buena fe, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que la misma se presumirá y, en este caso la entidad actuó de buena fe y acatando un fallo judicial.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

¿Es procedente reconocer a favor de la demandante el pago del valor del retroactivo pensional causado con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones en favor del señor Hugo Emiro López Ruíz?

### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

### **Del retroactivo pensional.**

Para resolver el caso puesto a consideración de esta Sala, ha de memorarse que el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, prevé la compartibilidad de las pensiones extralegales, señalando para el efecto que los empleadores registrados en el ISS que otorguen a sus trabajadores pensiones de jubilación reconocidas, bien sea, en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el ISS para acceder a la pensión de vejez quedando a cargo de empleador únicamente el mayor valor; regla esta que se estableció desde el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de la misma calenda.

El artículo 5 del Decreto 813 de 1994 en concordancia con el artículo 2 del Decreto 1160 del mismo año, también hace referencia a la compartibilidad de las pensiones quedando a cargo del empleador el mayor valor si lo hubiere.

Al punto, en sentencia CSJ SL 1031 de 2022 Rad. 88138, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, dijo:

“Sobre el aspecto anterior, la Sala ha tenido oportunidad de precisar, que las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, lo cual no obsta para que las partes pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación.”

Bajo esta égida, descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado en el expediente que la empresa demandante reconoció pensión de jubilación al señor Hugo Emiro López Ruíz a partir del 01 de enero de 1991 (fls. 13 a 14 y 159 a 160 archivo 01); prestación pensional que, sea del caso mencionar, fue causada con posterioridad al 17 de octubre de 1985 y que se encuentra contemplada en las normas antes citadas, de ahí que sea **compartible** con la que debía reconocer el ISS una vez el señor López Ruíz cumpliera con los requisitos para ello, quedando a cargo de la aquí demandante únicamente el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que la empresa venía cancelando al pensionado, de conformidad con las normas aquí reseñadas.

De igual manera, se tiene que, mediante Resolución GNR 242410 del 30 de septiembre de 2013 (fls. 23 a 25 y 169 a 171 archivo 01), Colpensiones da cumplimiento a un fallo judicial proferido por el 11 de junio del 2010 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Adjunto de Montería, reconociendo y ordenando el pago de una pensión de vejez a favor del señor Hugo Emiro López Ruíz a partir del 28 de septiembre de 2002, en cuantía inicial de \$1.452.752 y un retroactivo por valor de \$71.353.270; prestación sobre la cual se reconoció el incremento pensional del 14%, conforme se dispuso en la Resolución GNR 354863 del 09 de octubre de 2014 (fls. 26 a 27 y 172 a 173 archivo 01), también en cumplimiento de un fallo judicial, proferido el 18 de junio del 2014 por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Montería.

Al revisar los mentados actos administrativos, no se observa que en estos se hubiere hecho referencia alguna al carácter compartido de esa pensión, sin que al plenario hubiese sido arrojado el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Adjunto de Montería, que pudiera dar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

luces al respecto, máxime cuando una copia del referido fallo fue allegado de manera incompleta (fls. 17 a 20 archivo 01).

Frente al particular, pertinente resulta destacar que la jurisprudencia de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica en señalar que la figura de la compartibilidad de la pensión de jubilación convencional y la de vejez, opera por ministerio de la ley, sin que se requiera de una declaración judicial. Al punto, en reciente sentencia CSJ SL 1145 del 2023 Rad. 93746, indicó:

“(…) en lo relativo a si la falta de pronunciamiento del juez en relación con la presencia de la figura de la compartibilidad de la pensión de jubilación convencional que otorgó con la de vejez de Colpensiones, es un motivo suficiente para concluir que se estructura la causal de revisión que se invocó, se destaca que en cuanto a dicho tema, la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en señalar que la citada figura opera por ministerio de ley, sin que se requiera de declaración judicial.

Así, la compartibilidad de las pensiones puede ser aplicada por las respectivas entidades y administradoras de pensiones encargadas del pago de las obligaciones pensionales, sin que sea necesario un pronunciamiento judicial previo (CSJ SL2576-2021, reiterada en CSJ SL4335-2021). Precisamente, en la primera de las providencias la Corte explicó:

Basta agregar a lo expuesto que la línea de pensamiento de esta Sala de manera pacífica ha reiterado que, la pensión de vejez por el ISS, hoy Colpensiones, no tiene el carácter de asignación proveniente del tesoro.

En consecuencia, no es fundada la causal alegada y, por el contrario, es responsabilidad de la entidad realizar los actos necesarios para que en su cabeza se concreten los efectos de la compartibilidad que, se insiste a riesgo de fatigar, opera por ministerio de la ley, con el fin de que solo quede obligado al pago el mayor valor de la pensión primigenia a su cargo en virtud del documento convencional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

No se olvide, que uno de los soportes que relaciona la U.G.P.P., para la revisión, es el aplicativo «Documento, radicado No 201880030731132 del 12 de marzo de 2018» en la que se creó la solicitud de estudio de revocatoria del acto que concedió la pensión de vejez y que, precisamente, dejó evidenciado que la pensión convencional debe ser compartida con la vejez reconocida por el ISS. Entonces, tal convencimiento es ella la obligada y responsable de que se produzcan los efectos de la subrogación y bajo ninguna consideración, tal responsabilidad puede ser trasladada a los funcionarios judiciales.”

Y en sentencia CSJ SL 1031 del 2022 Rad. 88138, ya había se había pronunciado en similar sentido. En esa oportunidad precisó:

“(…) se ha precisado que, la compartibilidad opera por ministerio de la ley, con el fin de que solo quede obligado al pago el mayor valor de la pensión primigenia a cargo del empleador a consecuencia del acuerdo convencional (CSJ SL2238-2021).

Por consiguiente, resulta infundada la causal alegada, ya que se debe precisarse, que es responsabilidad de la entidad realizar los actos necesarios para que internamente se concreten los efectos de la compartibilidad.

Además, lo que correspondía al recurrente era solicitar la adición del fallo que ahora controvierte, pues la revisión no puede servir de mecanismo alternativo para subsanar supuestas irregularidades en que pudo haber incurrido el fallador al momento de decidir el litigio, y que eran viables remediar a través de las herramientas jurídicas previstas para el efecto.”

Así las cosas, si bien Colpensiones reconoció pensión de vejez a favor del señor Hugo Emiro López Ruíz mediante Resolución GNR 242410 del 30 de septiembre de 2013 (fls. 23 a 25 y 169 a 171 archivo 01), en cumplimiento del fallo judicial proferido por el 11 de junio del 2010 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Adjunto de Montería, no puede olvidarse que, conforme lo señalado por la jurisprudencia en cita, la figura de la compartibilidad opera por ministerio de la ley, por lo que podía ser aplicada por las entidades

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

y administradoras de pensiones, sin que fuera necesario para ello un pronunciamiento judicial, máxime cuando en este asunto no se demostró que Colpensiones hubiere hecho uso de los mecanismos consagrados en la ley a efectos de controvertir la mentada decisión judicial, en caso de no encontrarse conforme con la misma.

Así las cosas, se itera, la pensión convencional reconocida al señor Hugo Emiro López Ruíz por la empresa demandante, tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez que reconoció Colpensiones, por cuanto fue concedida con posterioridad a la vigencia del Acuerdo 029 de 1985 y el 049 de 1990, sin que las partes hubieran pactado nada en contrario.

Por lo tanto, la obligación de la demandante expiró a partir del momento en que Colpensiones asumió el pago de la pensión de vejez, que en este caso fue a partir del 28 de septiembre de 2002, quedando a su cargo desde dicha data sólo el mayor valor que se llegase a generar con la pensión legal, pero como se acredita con los documentos visibles a folios 199 a 209 del archivo 01 del expediente digital, continuó pagando al extrabajador el valor de la pensión que le venía cancelado y hasta el mes de octubre del año 2013, la cual se encontraba a cargo del ISS hoy Colpensiones, siendo claro que por imperativo legal las mesadas causadas a partir del 28 de septiembre del 2002, le corresponderían a quien cubrió el pago de la pensión, pues no hay lugar a que el trabajador perciba un doble pago por el mismo concepto, pues lo único que le asistiría, y con cargo al empleador, sería el pago del mayor valor en caso de existir.

Corolario de lo anterior, sería del caso verificar el monto del retroactivo calculado en primera instancia, si no fuere porque: i) la demandante no apeló su valor o los periodos sobre los cuales fue calculado, ii) de realizar un cálculo, eventualmente podrían obtenerse valores diferentes, lo que impide al sentenciador modificar la suma señalada en la sentencia de primera instancia, ello atendiendo el principio de la *non reformatio in pejus*, y iii) es claro que la pensión de jubilación convencional y la de vejez reconocidas al señor Hugo Emiro López Ruíz, tienen el carácter de compartidas y de la Resolución GNR 242410 del 2013 y la historia laboral allegada al expediente (fls. 96 archivo 01), se constata que, efectivamente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Electricaribe S.A. ESP efectuó cotizaciones en periodos posteriores al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, esto es al 01 de enero de 1991, por lo que el retroactivo le pertenece a dicha sociedad.

En este orden de ideas, acertada resulta la decisión adoptada por la *a quo*, sin que tampoco haya lugar a condena alguna por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, atendiendo el mentado principio de la *non reformatio in pejus*, siendo procedente la indexación de los valores a pagar.

En consecuencia, atendiendo lo aquí expuesto, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** –**CONFIRMAR** sentencia de primera instancia, atendiendo las consideraciones aquí expuestas.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2016 00056 02.

Demandante: **ELECTRICARIBE S.A. ESP.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

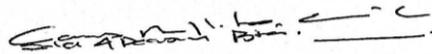
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

## **REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**  
Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **I. ASUNTO**

Se estudia el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el señor **GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de febrero del 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el **RECURRENTE** interpuso contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

#### **II. ANTECEDENTES.**

##### **1. Pretensiones y hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado que realizó el 1° de enero de 1996 del ISS hoy Colpensiones a la A.F.P Protección S.A.

Como consecuencia de ello, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; y a esta última a recibirlo sin solución de continuidad, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las dichas sumas.

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 95 a 128 archivo 01 y archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 159 a 247 archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

### **2.1. Demanda de reconvención de Protección S.A.**

**PROTECCIÓN S.A.** presentó demanda de reconvención (fls. 248 a 256 archivo 01) en contra del señor Guillermo Alfonso Carvajalino Sánchez pretendiendo, de manera principal, que se declare válida su afiliación a esa AFP, y de manera subsidiaria y, en caso de declararse la nulidad de su afiliación, se le condene al traslado de la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones y se condene al señor Carvajalino Sánchez a reintegrar la totalidad de las sumas de dinero que le han sido pagadas por concepto de mesadas pensionales por parte de Protección S.A., junto con todos sus rendimientos e intereses.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que la demandante se vinculó a esa AFP el 26 de diciembre de 1995, que en el año 2017 inició el trámite de solicitud de pensión y que con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez esa AFP le viene pagando, desde el mes de septiembre de 2017, la mesada pensional.

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

## **2.2. Respuesta a la demanda de reconvención.**

Mediante escrito visible a folios 268 a 270 del archivo 01 del expediente digital, el **señor Carvajalino Sánchez**, por intermedio de su apoderado, dio contestación a la demanda de reconvención, oponiéndose a las pretensiones de esta acción.

## **2.3. De la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

Teniendo en cuenta que, mediante auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 07 de diciembre del 2020 (archivos 07 y 08), se ordenó la vinculación de **la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales**, entidad que dio contestación a la demanda (archivo 11), oponiéndose a las pretensiones de la acción y proponiendo, entre otras, la excepción de prescripción.

## **3. Providencia apelada.**

El *a quo* dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal decisión indicó que, fue demostrado que el actor le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP Protección S.A. desde el mes de septiembre de 2017, por lo que comparte lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia frente al tema particular en la sentencia SL 373 de 2021, ya que el demandante tiene un derecho consolidado, al tener el estatus de pensionado.

Precisó que, en la citada sentencia, la Corte señaló que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado que no es viable retrotraer, pues no se puede borrar la calidad de pensionado porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema, además de

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

tener un efecto financiero desfavorable en el interés público de las pensiones.

#### **4. Argumentos del apelante.**

El **DEMANDANTE**, manifestó que, si bien a partir del año 2021 surgió una modificación en la línea jurisprudencial en la que se estableció que, en el caso de los pensionados, no resulta posible retrotraer circunstancias del presente hacia el pasado al tener un derecho consumado, también determina que lo que en dable en este tipo de asuntos es la reclamación de daños y perjuicios.

Así las cosas, dijo, es procedente declarar en este asunto la ineficacia del traslado, puesto que al momento en que el demandante hizo el traslado de régimen, no fue debidamente informado, tal y como se demostró en el proceso, con lo que se incumplió con el deber de información que le asistía a las AFP del RAIS.

Reiteró que, lo solicitado es que se declare la ineficacia del traslado, aceptando que no se retrotraigan las cosas a su estado anterior, es decir no para que retorne a Colpensiones y se reconozca la pensión en el régimen de prima media, sino para posteriormente efectuar la debida reclamación de los daños y perjuicios a él causados.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el grado recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de personas que se encuentran pensionados en el régimen de ahorro individual con solidaridad?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos de afiliados, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz.

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** el órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha adoctrinado que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Al punto, en la sentencia CSJ SL 373 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, explicó:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)<sup>1</sup>, lo cierto es que **la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro

---

<sup>1</sup> SL1688-2019, SL3464-2019

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

**Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.**

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, **la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado**". (Negrillas fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el demandante se afilió al régimen de prima media el 05 de julio de 1978 (fl. 14 archivo 01) y el 26 de diciembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Protección S.A., a decir del formulario de vinculación No. 0605100 (fl. 172 archivo 01), documento que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto conforme la basta jurisprudencia que en precedencia se ha indicado.

No obstante, pese a que no existe duda de la falta en la información por parte de PROTECCIÓN S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, como lo pretende el apelante, pues no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por cuanto, conforme se prueba con la documental arrimada al expediente, **el actor ostenta ya la calidad de pensionado**; prestación que se reconoció por parte de PROTECCIÓN S.A. ante la solicitud presentada por la aquí demandante el 21 de mayo del año 2018 (archivo 20), y la cual le fue reconocida por esa AFP a partir del 01 de septiembre de 2017, decisión que le fue comunicada al accionante mediante oficio de fecha 28 de febrero de 2018 (fls. 40 a 41 archivo 01).

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se itera, la calidad de pensionado que ostenta el extremo activo es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Al punto, si bien el apelante en su recurso solicita se declare la ineficacia de la afiliación y no se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ello no resulta posible, como quiera que esta es la consecuencia de la declaratoria de ineficacia, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, Corporación que tiene establecida una línea en la que ha explicado que *“por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que **el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz**, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020.”*<sup>2</sup> (Negrilla fuera de texto)

---

<sup>2</sup> CSJ SL4322 del 2022.

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

Así las cosas, se itera, no es posible declarar la ineficacia del traslado del actor, al ostentar la calidad de pensionado, además, ello no es óbice para iniciar reclamación o solicitud de perjuicios, la cual ha de señalarse, no se elevó en el presente juicio.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR la sentencia** de primera instancia.

#### **IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** -**CONFIRMAR** la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.** - Sin costas en esta instancia.

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

**Código Único de Identificación:** 110013105 007 2019 00281 01

**Demandante:** GUILLERMO ALFONSO CARVAJALINO SÁNCHEZ

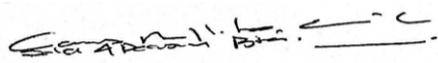
**Demandado:** COLPENSIONES Y OTRA

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA** adelanta contra **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y la recurrente.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado de la afiliación por ella efectuada a las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. y como consecuencia de ello, se les ordene trasladar a Colpensiones los aportes efectuados junto con sus rendimientos; y a esta última a activar su afiliación, recibir el traslado de los aportes y rendimientos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLFONDOS S.A.** (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepción de mérito, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

## **3. Providencia Recurrída.**

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Olga Lucía González Parra, a la AFP Colfondos, en el mes de enero del 2002 donde se mantuvo afiliada con fecha de efectividad hasta abril del 2005. Igualmente, con la AFP Santander, hoy Protección, contenida en el formulario de radicado 7318785 de fecha 23 de febrero del 2005.

**SEGUNDO:** Se le ORDENA a Protección a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Olga Lucía González Parra, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

**TERCERO:** ORDENAR a Protección y Colfondos a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde el año 2002, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional, tal y como el porcentaje correspondiente

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento en que Protección y Colfondos cumplan esta orden judicial, para lo cual se le concede a los fondos privados el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente pormenorizado, discriminando todos los valores objeto de devolución a Colpensiones, junto con el detalle de los ciclos, IBC, valor de los aportes, valor de los descuentos objeto de devolución, valor de la indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

**CUARTO:** ORDENAR a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial a Cajanal hoy liquidada.

**QUINTO:** Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

**SEXTO:** Las costas procesales son a cargo de Colpensiones, Protección y Colfondos. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en dos (2) SMMLV, a la fecha del pago, a cargo de cada fondo demandado.

**SÉPTIMO:** Ordénese la CONSULTA de la presente sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y a fin el Superior revise la legalidad de lo decidido.

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**COLPENSIONES**, manifestó que al no demostrarse que se hicieran cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, es Cajanal hoy UGPP, quien está llamada a responder.

Adujo que no se incurrió en ninguna ilegalidad o nulidad que se haya presentado en la vinculación al RAIS por parte de la demandante, máxime cuando hubo una intención de permanecer en el RAIS por las diferentes vinculaciones que hizo y también por todo el tiempo que ha transcurrido desde su vinculación hasta el momento en que solicitó la ineficacia del traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Indicó que, en el Régimen de Protección al Consumidor Financiero donde, si bien las AFP tienen el deber de información, es también el afiliado quien debe interesarse en todos los actos jurídicos que lo envuelven y es así como debe informarse adecuadamente de cuáles son las condiciones de los negocios que ella realiza y también está el deber de aprovechar los mecanismos de divulgación y de capacitación para enterarse de ello y también el de emplear la adecuada atención y debido cuidado al momento de tomar estas decisiones, ya que por la falta de cumplimiento de estos deberes se considera que hubo intención de permanencia en el RAIS.

Finalmente, señaló que el aceptar a la demandante en Colpensiones, así como con la condena en costas, resulta en una indebida administración de los recursos teniendo en cuenta que se trata de la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y por Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 03 de abril de 1987 presenta aportes en tal régimen a través de la otrora Cajanal (fl. 80 archivo 07); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 30 de enero del 2002, a decir del reporte SIAFP (fl. 105 archivo 06 y fl. 74 archivo 07), y posteriormente se trasladó a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el 23 de febrero del 2005 (fl. 28 archivo 07).

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada a Cajanal previo su traslado al RAIS en el año 2002, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que establece:

**“ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.** En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.

Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente.”

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal, la cual finalizó en julio de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, lo que da al traste los argumentos presentados por la recurrente frente al particular.

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Colfondos S.A., no es menos cierto que fue allegada consulta SIAFP (fl. 105 archivo 06 y fl. 74 archivo 07) y pantallazo de consulta por parte de Colfondos S.A. (fl. 105 archivo 06), que dan cuenta del traslado efectuado por la actora a esa AFP el 30 de enero del 2002; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colfondos S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora González Parra se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de enero de 2002) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello, se itera, no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, como lo arguye Colpensiones, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, reseñado por Colpensiones en su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, respecto de argumento presentado por la recurrente, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

De otro lado, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo sostiene Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que acertada resulta la decisión proferida en primera instancia y en tal sentido será **CONFIRMADA.**

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00470 01.

Demandante: **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ PARRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** -**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**SEGUNDO.** -. Sin costas en esta instancia

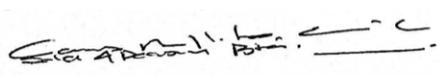
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y las RECURRENTEs**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la A.F.P. Protección S.A. y el realizado posteriormente a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los intereses causados y rendimientos financieros; y a esta última a tenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (archivo 07 a 09), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 10), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 12), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora YANETH BALAGUERA CASTELLANOS, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 06 de noviembre de 1997, mediante su afiliación a PROTECCION, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.

**TERCERO:** CONDENAR a las demandadas PORVENIR y PROTECCION a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la señora YANETH BALAGUERA CASTELLANOS, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

**CUARTO:** CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y PROTECCION que reposaban o reposaron en algún momento en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

**QUINTO:** COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandadas PORVENIR y PROTECCION liquidense por Secretaría, fijando agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

**SEXTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

**PORVENIR S.A.**, indicó que no comparte los efectos jurídicos que se le dio a la ineficacia respecto de la condena de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, pues esta es improcedente, ya que es incompatible con los rendimientos financieros que se ordenaron devolver, teniendo en cuenta que se le está condenando dos veces por el mismo rubro, pues la sentencia SL 9316 del 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, por lo que, teniendo en cuenta que entre las obligaciones de las AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario se le han generando unos rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos en la ley y que compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

**COLPENSIONES**, manifestó que, en el fallo de primera instancia se imponen las mismas sanciones a Protección S.A. y Porvenir S.A., sin tener en cuenta que una de esas AFP ya no administra la cuenta de ahorro individual de la demandante, asimilando las obligaciones que estas tienen, situación que en la práctica no puede ser porque desde agosto del 2014 la demandante no se encuentra afiliada a Porvenir S.A., está afiliada a Protección S.A. y en términos prácticos significa que Porvenir S.A. en este momento no está obligada a trasladar a Colpensiones ni un bono pensional,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ni mucho menos saldos recibidos por concepto de cotizaciones porque desde Agosto del 2014 Porvenir S.A. remitió toda esa información a Protección S.A. que es la administradora de pensiones actual de la demandante, lo que, a futuro, eventualmente devendría en que el fallo no puede ser cumplido por ninguna de las demandadas sobre el argumento que la obligación impuesta a cada una de ellas no es clara ni expresa.

Expuso que, la obligación a cargo de Porvenir S.A. debió imponerse únicamente respecto de la devolución de los gastos y comisiones de administración descontados durante el periodo de afiliación de la demandante, esto es febrero de 1998 hasta agosto de 2014.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., así como el posteriormente realizado a la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de abril de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 6 archivo 02 y archivo GRP-SCH-HL-2021\_14638219-20211206033059 carpeta 09), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 06 de noviembre de 1997 (fl. 33 archivo 02 y 42 archivo 10), y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: i) a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 13 de mayo de 1998 (fl. 36 archivo 02 y fl. 72 archivo 12), y ii) luego regresó a PROTECCIÓN S.A. el 20 de agosto del 2014 (fl. 34 archivo 02 y fl. 43 archivo 10).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 33 del archivo 02 y 42 del archivo 10, se avizora el formulario de afiliación que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

la demandante suscribió el 06 de noviembre de 1997 con la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Balaguera Castellanos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de noviembre de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, como lo expone Colpensiones en su recurso, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver solamente las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicha A.F.P.; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PORVENIR S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2022 00131 01.

Demandante: **YANETH BALAGUERA CASTELLANOS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**previsionales, y para la garantía de pensión mínima,** por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta A.F.P.; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**

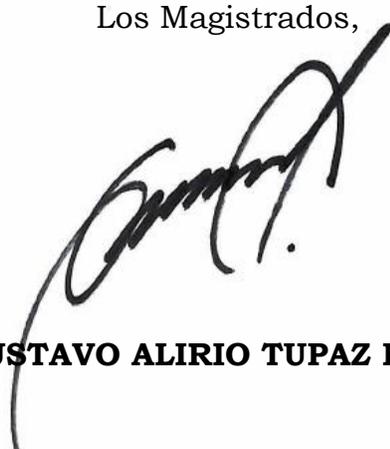
- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información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

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO** y la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **la primera** adelanta contra **PORVENIR S.A. y la segunda**.

#### II. ANTECEDENTES

##### 1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la A.F.P. Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas durante el tiempo de su afiliación, así como al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, en la suma de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así mismo, se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación, recibir los dineros trasladados por la AFP y a corregir y actualizar su historia laboral.

De manera subsidiaria, solicita se declárela nulidad del prementado traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

## **3. Providencia Recurrída.**

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO.** – DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 20 de febrero 2006 por la señora Dora Elsy Guevara Agudelo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.

**SEGUNDO.** – CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante, durante su permanencia en las administradoras del RAIS, es decir en Horizonte y luego en Porvenir, es decir el 100% del valor de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO.** – ORDENAR a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante Dora Elsy Guevara Agudelo al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros, ordenada en este proveído.

**CUARTO.** – DECLARAR imprósperas las excepciones propuestas.

**QUINTO.** – CONDENAR en costas a la AFP Porvenir S.A. incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de dos salarios mínimos legales vigentes (2 SMMLV).

**SEXTO.** – CONCEDER el grado jurisdiccional de CONSULTA ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 del 2007.

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

La **DEMANDANTE** solicitó se revoque la absolución de Colpensiones por el concepto de costas, ya que las pretensiones de la demanda fueron concedidas y, siendo la condena en costas una de las pretensiones de la demanda, la cual fue controvertida por Colpensiones, quien se opuso de forma activa a la misma, siendo una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional, estas deben ser reconocidas tal y como lo estipula el artículo 365 del CGP.

Por su parte, **COLPENSIONES** indicó que, existe una prohibición legal para retornar al RPM, pues conforme las pruebas recaudadas se evidencia que la demandante solicitó el traslado de régimen cuando ya le faltaban menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión, por lo que no es dable que retorne a Colpensiones.

Manifestó que, se presenta una indebida interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia del artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta que la responsabilidad se encuentre en cabeza de los fondos y se convierta esa objetividad, pues dentro del proceso no se exige a la demandante aportar prueba alguna que demuestre la existencia de algún

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

vicio al momento de afiliarse al RAIS y se “obliga” a que toda la carga probatoria recaiga en el fondo privado, sin que “exista un menor esfuerzo procesal” en cabeza de la demandante, lo que “quiebra” la carga probatoria en este tipo de procesos.

Dijo que, los potenciales pensionados tienen el deber de asesorarse y en tal sentido el Decreto 2241 de 2010, que establece de Régimen de Protección al Consumidor determina como una de las obligaciones en cabeza de los afiliados pertenecientes al sistema general de pensiones el de informarse; además, destacó el silencio de la demandante durante el transcurso del tiempo, que se entiende como una decisión consciente de su parte de pertenecer al RAIS, teniendo en cuenta los años que transcurrieron durante los cuales la demandante siguió haciendo sus cotizaciones en la cuenta de ahorro individual y también solicitó tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

En caso de no acoger sus argumentos y, en caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, solicitó el condicionamiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo el cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora por la AFP Porvenir S.A. como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y todos los demás emolumentos a que hubiere lugar, los cuales deben ser reintegrados debidamente indexados por el periodo que permaneció la demandante afiliada al fondo privado, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia judicial hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la historia laboral y base de datos.

Finalmente, solicitó se confirme la no condena en costas, pues esa entidad no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre partes ajenas a Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 11 de diciembre de 1991 presenta aportes en tal régimen (fl. 67 archivo 08) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 20 de febrero del 2006 (fl. 24 archivo 0 y fl. 36 archivo 05).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 24 del archivo 01 y 36 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 20 de febrero del 2006 con la otrora A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Guevara Agudelo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (20 de febrero del 2006) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo aduce Colpensiones al sustentar su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argumentado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por la demandada apelante referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, respecto de argumento presentado por la recurrente, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de su no injerencia en el acto de traslado celebrado entre la demandante y la AFP del RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016<sup>1</sup> (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

---

<sup>1</sup> Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».<sup>2</sup>

**3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

De otro lado, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con lo que se financiará la pensión.

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

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de la AFP encartada, a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

Finalmente, atendiendo los argumentos presentados por la parte actora, frente a las costas de las que se absolvió a la demandada Colpensiones, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** de la sentencia, para **ADICIONAR** condena en costas a Colpensiones. Lo anterior, como quiera que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

## **V. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia de primer grado, para **ADICIONARLO** en el sentido de **CONDENAR** en costas a Colpensiones, conforme lo expuesto en esta providencia.

**TERCERO.** – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**CUARTO.** – Sin costas en esta instancia

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00273 01.

Demandante: **DORA ELSY GUEVARA AGUDELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

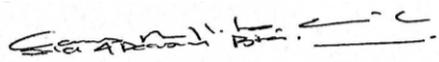
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la A.F.P. Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros; y a esta última a aceptar dicho traslado, tenerla como su afiliada y reconocer la pensión de vejez bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así mismo, solicita se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1990 y se condene a Porvenir S.A. al pago de los daños patrimoniales y danos morales a ella causados.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**PORVENIR S.A.** (archivos 06 y 11), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y su reforma y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivos 08, 13 y 14), se opuso a las pretensiones de la demanda y su reforma, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizada por la señora SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PEREZ identificada con C.C. No. 51.564.140 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 24 de abril de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la señora SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PEREZ al régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PEREZ tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PEREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad y actualizar su historia laboral.

**QUINTO: ABSTENERSE** del estudio de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez y por ende, las relativas a intereses moratorios e indexación, conforme a lo expuesto.

**SEXTO: ABSOLVER** a PORVENIR de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**SÉPTIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas

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

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

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

**PORVENIR S.A.**, en síntesis, manifestó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 9316 del 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, por lo que, teniendo en cuenta que entre las obligaciones de las AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario se le han generando unos rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el RPM y que compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Adujo que ordenar a Porvenir S.A. a devolver las sumas indexadas es imponerle una doble sanción por cuanto sin razón alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión realizada por esa AFP a partir del acto jurídico que realizó la demandante, cumplieron los efectos jurídicos y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

superan con creces la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado, representados en los aportes pensionales.

Por su parte, **COLPENSIONES** indicó que, lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado y como en este caso la demandante ha realizado cotizaciones a lo largo del tiempo de manera sucesiva, no ha elevado ningún tipo de que o reclamo acerca del manejo de los aportes que ha hecho a la AFP ni tampoco respecto a los rendimientos se ha manifestado inconformidad.

Precisó que, con la sentencia que decreta la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, quien se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, conforme lo dicho en la sentencia SU 062 del 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, en el entendido que lo perseguido con esta norma es evitar la descapitalización del fondo común del RPM.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, pues Colpensiones acude al proceso en ejercicio del derecho de defensa y atendiendo a la prohibición de la norma antes citada y se opone a las pretensiones al estar en contra de dicha normatividad.

##### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *eiusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de septiembre de 1995 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_2026-20210708085439 carpeta 09) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 24 de abril del 2000 (fl. 35 archivo 01, fl. 89 archivo 06 y fl. 90 archivo 11).

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

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

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 35 del archivo 01, 89 del archivo 06 y 90 del archivo 11, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 24 de abril del 2000 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Moncaleano Pérez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (24 de abril del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argumentado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que al ordenar la devolución de los rendimientos y la indexación, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, se esté fulminando una doble condena por el mismo concepto, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

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

Finalmente, a la solicitud de Colpensiones de revocar la condena en costas impuesta, no se accederá, como quiera que este concepto se impone a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN  
LABORAL,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00231 01.

Demandante: **SARA PIEDAD DE LAS MERCEDES MONCALEANO PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y LA RECURRENTE**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad de la afiliación o traslado efectuado a Colfondos S.A. y, como consecuencia de ello, se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual.

Así mismo, depreca se ordene a Colpensiones a recibirlo y a pensionarlo una vez cumpla con los requisitos de ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLFONDOS S.A.** (archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y como excepciones de fondo propuso, entre otras, la de prescripción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivos 03 y 04), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción laboral.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado del señor **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA**, identificado con C.C No. 19.397.783, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 18 de mayo de 1994 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA**, identificado con C.C No. 19.397.783 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 26 de mayo de 1980, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**TERCERO: CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA** identificado con C.C No. 19.397.783, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas

**CUARTO:** Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

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

**SEXTO:** Sin costas en esta instancia.

**SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**COLPENSIONES**, indicó que, al momento de su traslado, el demandante no tenía una expectativa de pensión, ya que para ese momento no contaba con los requisitos para pensionarse y se hubiera inducido en error si para mayo de 1994 Colfondos S.A. le hubiera presentado un comparativo de los distintos regímenes pensionales, toda vez que el accionante no sabía cuál iba a ser el monto de su ingreso base de cotización al momento de cumplir con los requisitos para pensionarse.

Manifestó que, la Ley 797 de 2003 brindó la posibilidad a los afiliados de retornar al régimen de prima media, sin que se demostrara que el actor realizó alguna actuación tendiente a retornar a dicho régimen, sino solo hasta cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición de traslado regulada en el artículo 2 de dicha norma, lo que deviene en la improcedencia del traslado pensional.

Expuso que el Decreto 2241 de 2010 estableció para los consumidores no solo derechos, sino también deberes entre el cual se encuentra el de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

información, que Colfondos S.A. le ha entregado los extractos de su cuenta de ahorro individual y que el demandante pudo acercarse a sus oficinas a ampliar o clarificar la información allí consignada.

Finalmente, indicó que, conforme lo dispuesto en el artículo 1754 del Código Civil, el traslado estaría ratificado, pues el demandante efectuó aportes al RAIS por más de 20 años, sin que hubiera demostrado vicio alguno en el consentimiento o irregularidad alguna.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 26 de mayo de 1980 presenta aportes a tal régimen (fl. 4 archivo 04) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 19 de mayo de 1994 (fl. 18 archivo 02).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 18 del archivo 02, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 19 de mayo de 1994 con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Pedro Julio Calixto Vega se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de mayo de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones al sustentar su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por la apelante referente a que el actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional y que al momento de su traslado no contaba con una expectativa pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse o si cuenta o no con una expectativa pensional, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, respecto de argumento presentado por la recurrente, referente a que el actor, como consumidor financiero tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, acertada resulta la decisión proferida en primera instancia, la cual se CONFIRMARÁ.

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** –**CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, atendiendo las razones aquí expuestas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2019 00253 01.

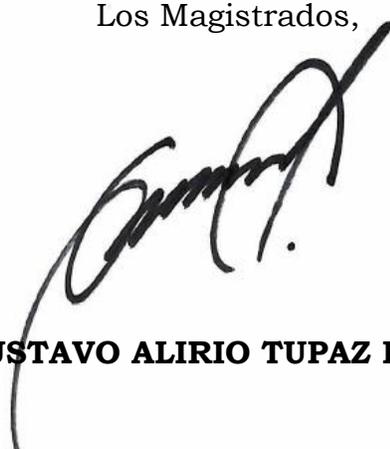
Demandante: **PEDRO JULIO CALIXTO VEGA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia

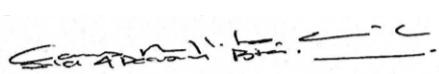
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **WASHINGTON BERNAL ALFONSO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y la recurrente.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la “*anulación por ineficacia*” de la afiliación y traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la extinta A.F.P. Colpatria hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro; y a esta última a tenerla como afiliada como si nunca se hubiere ido de ese régimen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**PORVENIR S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 31), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

## **3. Providencia Recurrida.**

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor WASHINGTON BERNAL ALFONSO a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A el 8 de junio de 1998 y posterior traslado horizontal PROTECCION S.A., el 11 de octubre del año 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** DECLARAR como aseguradora del demandante WASHINGTON BERNAL ALFONSO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

**TERCERO:** ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado WASHINGTON BERNAL ALFONSO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

**QUINTO:** CONDENAR en costas a COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

**SEXTO:** REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

**COLPENSIONES**, manifestó que, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad con la cual accedería a la pensión; que la libre permanencia del actor en el RAIS por tantos años, ratifica, no solo la libre escogencia y el querer permanecer en dicho régimen, sino que además sana cualquier tipo de vicio o nulidad que se pudiera haber presentado.

Manifestó que no se puede hablar de una ineficacia de dicho traslado, pues este se realizó sobre un objeto y causa lícita, con plenas facultades del demandante para contratar, con la voluntad de hacerlo de manera libre, además, que la AFP cumplió con los requisitos normativos que se exigían para la época del traslado del actor y que ni el ISS ni la AFP podían oponerse a dicho traslado.

Expuso que no hay una lesión injustificada a los derechos constitucionales del demandante, ya que su pretensión es meramente económica, además que, en cualquiera de los dos regímenes, una vez cumpla los requisitos, va a acceder a la pensión.

Indicó que, en caso de ratificarse la sentencia de primera instancia, solicitó absolver de la condena en costas a Colpensiones, ya que dicha entidad maneja dineros de la seguridad social que por mandato constitucional deben ser utilizados única y exclusivamente para el pago de pensiones y no para cubrir otro tipo de rubros, máxime cuando esa entidad no tuvo injerencia en el traslado efectuado por el demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Finalmente, en cuanto a los gastos de administración, solicitó ordenar su devolución, como quiera que, en primer lugar, existe un precedente jurisprudencial, en segundo lugar, al declararse el traslado ineficaz se entiende que nunca se realizó dicho acto jurídico y por ello las AFP no pueden conservar un dinero de un negocio jurídico que nunca se celebró y tercero porque la ineficacia se dio por culpa de la AFP y dejarle esos dineros sería “premiarle” el traslado que hizo viciado.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la extinta A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., así como el posterior realizado a PROTECCIÓN S.A.?

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 07 de enero de 1980 presenta aportes en tal régimen (fl. 55 archivo 01, 44 archivo 08 y 164 archivo 09), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 18 de junio de 1998 (fl. 64 archivo 01 y 31 archivo 07), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a PROTECCIÓN S.A., el 11 de octubre del 2000 (fl. 88 archivo 01 y 25 archivo 04).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 64 del archivo 01 y 31 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de junio de 1998 con la A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

*preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bernal Alfonso se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (18 de junio de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Colpensiones en su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones al sustentar su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por la apelante referente a que el actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de su no injerencia en el acto de traslado celebrado entre el demandante y la AFP del RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016<sup>1</sup> (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción

---

<sup>1</sup> Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».<sup>2</sup>

**3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

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

De otro lado, se itera, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben

---

<sup>2</sup> Ibidem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, como lo expone Colpensiones en su recurso, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente Colpensiones, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PORVENIR S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**
- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00428 01.

Demandante: **WASHINGTON BERNAL ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrado Sustanciador: Gustavo Alirio Tupaz Parra.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

#### I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuestos por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de noviembre del 2022 dentro del proceso ordinario laboral que promueve la **RECURRENTE** en contra del señor **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**.

#### II. ANTECEDENTES

##### 1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare que la pensión de jubilación convencional reconocida al demandado es “*totalmente incompatible*” con la pensión de vejez reconocida por la extinta Caprecom, así como declarar ineficaz el reconocimiento de esta última.

Como consecuencia de ello, solicita se condene al demandado a reintegrar la totalidad de las sumas reconocidas y canceladas simultáneamente y las que eventualmente se llegaren a pagar de más y hasta la fecha efectiva de pago, así como a pagar la indexación sobre las diferencias pensionales que recibió de más generadas entre las mesadas pensionales de la pensión legal y la convencional y los intereses moratorios sobre cada una de estas diferencias pensionales.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los siguientes hechos:

- 1)** El demandado nació el 21 de julio de 1954;
- 2)** El demandado prestó sus servicios al Estado como trabajador oficial por 20 años, 2 meses y 12 días y el último cargo desempeñado fue en Inravisión como técnico electromecánico Grado 19 en Bogotá;
- 3)** Mediante Decreto 3550 de 2004, se ordenó la supresión del Instituto Nacional de Radio y Televisión – Inravisión y se ordenó su disolución y liquidación, la cual culminó el 27 de octubre de 2006;
- 4)** La Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, mediante oficio SP-AP-4430 del 07 de diciembre de 2009 remitió a Cajanal EICE el proyecto de Resolución, consultando la cuota parte de una pensión legal de vejez reconocida a favor del demandado;
- 5)** Mediante Resolución No. 0291 del 26 de febrero del 2008, Caprecom negó el reconocimiento de una pensión convencional al demandado, al considerar que no cumplía con los requisitos para ello ;
- 6)** Mediante Resolución No. 103 del 2010, Caprecom reconoció al demandado una pensión de jubilación legal, en cuantía de \$1.637.327 pesos, efectiva a partir del 21 de julio del 2009;
- 7)** A través de resolución No. 0465 del 2010, Caprecom resolvió un recurso de reposición, modificando la Resolución No. 103 del 2010, estableciendo como cuantía de la pensión la suma de \$1.803.127 pesos;
- 8)** Cajanal, a través de Resolución No. PAP 077440 del 2011, aceptó la cuota parte pensional consultada por Caprecom, en cuantía de \$452.787 pesos, por encontrarla ajustada a derecho y corresponder al promedio del tiempo cotizado;
- 9)** Por Resolución RDP 0011555 del 2015, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez;
- 10)** Mediante Resolución RDP 052731 del 2015, la UGPP no accedió a la solicitud de revocatoria directa interpuesta en contra de la Resolución RDP 011555 del 2015;
- 11)** El aquí demandado instauró demanda ordinaria laboral en contra de Caprecom, mediante la cual solicitó el reconocimiento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

y pago de la pensión convencional, el cual correspondió por reparto al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el número 11001310002720090031100; **12)** Dentro del mentado proceso se profirió sentencia de primera instancia el 13 de julio del 2010, en la cual se condenó a Caprecom a reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación convencional a favor del señor Zambrano Ruíz, a partir del 21 de julio del 2004 en cuantía inicial de \$1.974.433; **13)** La anterior decisión fue revocada por el tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 18 de febrero del 2011, absolviendo a la allí demandada de las condenas proferidas; **14)** Mediante providencia del 21 de febrero del 2018, la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia proferida por el Tribunal y confirmó la proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta ciudad; **15)** Dicho fallo quedó ejecutoriado el 28 de febrero del 2018.

## **2. Actuación Procesal.**

### **2.1. Respuesta a la demanda**

Notificado el convocado, contestó en los siguientes términos (fls. 491 a archivo 01).

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de inexistencia de las obligaciones y derechos reclamados; principalmente, expuso que no coexisten dos pensiones, que la demandante no puede alegar a su favor su propia culpa para *“tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe”* y que la demanda se encuentra encaminada a declarar ilegal o ineficaz el reconocimiento de la pensión de vejez efectuado por Caprecom a través de las Resoluciones No. 103 y 465 del 2010, las cuales no se encuentran vigentes, de conformidad con lo proferido en la resolución RDP 006075 del 2019, en cuya parte resolutive – numeral cuarto, dice: *“excluir de nómina las resoluciones número 103 del 27 de enero de 2010 y 465 del 11 de marzo de 2010”*, es decir que se está demandando una resoluciones que ya se encuentran excluidas de nómina.

### **3. Providencia recurrida**

La **A quo** dictó sentencia en los siguientes términos:

**PRIMERO.** DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, deberá cancelar únicamente el mayor valor generado entre la pensión de jubilación convencional reconocida mediante fallo judicial y la pensión de jubilación reconocida por CAPRECOM mediante resolución 103 del 27 de enero de 2010, la cual fue reliquidada mediante resolución 0465 del 11 de marzo de 2010. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** El pago del mayor valor se deberá efectuar a partir de la ejecutoria de la presente sentencia. Lo anterior conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

**CUARTO.** Sin costas en esta instancia.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, refirió que, la pensión de jubilación que recibe el señor Fabio Ernesto Zambrano Ruíz, le fue reconocida en cumplimiento de la sentencia de fecha 21 de febrero del 2018, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual decidió casar la sentencia emitida por el Tribunal para confirmar la proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a Caprecom al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación convencional a partir del 21 de julio del 2004 en cuantía inicial de \$1.974.433.

Manifestó que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que, de conformidad con el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, se debe analizar el alcance de las pensiones consagradas en fuentes extra legales como contratos de trabajo, pactos o convenciones colectivas y que conforme lo dispuesto en su artículo 5 ha considerado que las pensiones voluntarias, unilaterales o pactadas con

anterioridad al 17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigencia de dicha norma, por regla general son compatibles con la de vejez a cargo del ISS hoy Colpensiones, tema frente al cual se pronunció en sentencia SL 3150 de 2019 radicado 73054 y es por ello que la pensión de jubilación convencional reconocida por orden judicial, tiene la vocación de ser compartida con la pensión de vejez que le fue reconocida al demandado por Caprecom, sin que una excluya a la otra, por lo que la UGPP sólo debe pagar el mayor valor que llegara a existir entre ambas prestaciones.

Señaló que las prestaciones devengadas por el demandado son compatibles y que este ha recibido estos rubros de buena fe, conforme a la orden emitida en una sentencia judicial y en una resolución por lo que la UGPP pagará el mayor valor desde la ejecutoria de esa sentencia.

#### **4. Argumentos del recurrente.**

La **DEMANDANTE UGPP**, expuso que, la compartibilidad de las pensiones no debe declararse desde la ejecutoria de la sentencia, como quiera que el mismo demandado en su contestación acepta que la UGPP viene reconociendo el pago de las diferencias entre la pensión convencional y la legal conforme se ordenó en la Resolución 0065 del 2019 en la que se dijo que, en virtud a que el señor Zambrano Ruíz no había dado autorización para revocar las Resoluciones 103 y 465 del 2010, con el fin de evitar un doble pago, pagaría únicamente el valor de las diferencias causadas, por lo que solicita se modifique el efecto que la *a quo* da a la orden de compartibilidad de las pensiones a partir de la ejecutoria de la sentencia, teniendo en cuenta que, en rigor, la compartibilidad deberá darse desde el 21 de julio del 2009, fecha de efectividad de la pensión legal, máxime cuando las pensiones tienen la virtualidad de la compartibilidad desde el año 1985 y no existe fundamento para que se declare la compartibilidad desde la ejecutoria de la sentencia de primera instancia.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de la UGPP.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿La pensión de jubilación convencional reconocida al demandante por Caprecom en cumplimiento de una orden judicial, es compatible con la pensión de vejez reconocida por la misma entidad?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Compatibilidad y compartibilidad.**

Para resolver el presente asunto, es menester diferenciar los conceptos de compartibilidad y compatibilidad. Para ello la Sala se remite a los pronunciamientos del 29 de marzo y 17 de mayo de 2005, de la Sala de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, Rads. 23507 y 25251, respectivamente, en donde se manifestó que la compartibilidad, surge una vez se empieza a pagar la pensión de vejez por parte de prima media, y el empleador sólo es responsable del pago del mayor valor si lo hubiere. Y, la compatibilidad, se refiere a que ambas pensiones se pagan separadamente, una por la entidad administradora y la otra por la Empresa, y el pensionado disfruta de ambas mesadas.

Así mismo, en tales pronunciamientos también se asentó, que existía compatibilidad de la pensión de carácter extralegal con la de vejez, siempre y cuando la primera se reconociera con anterioridad al 17 de octubre de 1985, y no se hubiere pactado incompatibilidad en acuerdo convencional o pacto colectivo. Dichos pronunciamientos han sido también objeto de pronunciamiento a través de las sentencias del 02 de octubre de 2013, Rad. 48781, SL4870-2019, SL5106-2020, y SL186-2021, por mencionar algunos.

Al punto, en sentencia CSJ SL 1031 de 2022 Rad. 88138, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, expuso:

“Sobre el aspecto anterior, la Sala ha tenido oportunidad de precisar, que las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, lo cual no obsta para que las partes pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación.

En sentencia CSJ CSJ SL4545-2019, que reiteró la CSJ SL5529-2018, se sostuvo:

*No sobra precisar que si bien los artículos 5 y 6 del Decreto 813 de 1994 y 45 del Decreto 1748 de 1995, establecen la compartibilidad de las pensiones de jubilación a cargo del empleador con la vejez por cuenta del ISS, la norma inicialmente mencionada, establece que el*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

*primero deberá cotizar al ISS hasta tanto el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez, quedando por su cuenta únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el instituto y la de jubilación que venía percibiendo, y que, además, para la financiación de la prestación que llegase a conceder el ISS, el empleador debe trasladar el valor correspondiente al bono pensional, ello, per se, no impedía que las partes en forma voluntaria, como en este caso a través de la convención colectiva de trabajo, dispusieran que la pensión a cargo del empleador fuera compatible con la de vejez.*

En el mismo sentido, en la sentencia CSJ SL4080-2018, adoctrinó:

*Desde el punto de vista jurídico, propio de ambos cargos, el Tribunal no incurrió en error alguno al sostener que las pensiones convencionales reconocidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, son, en principio, compartidas con las que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, salvo que se exprese en ellas mismas que son compatibles. Tal orientación es la que se deriva expresamente de lo plasmado en el artículo 5 de la referida normativa y es la que ha mantenido de manera invariable esta Corporación a través de su jurisprudencia (Ver las sentencias CSJ SL13190-2015 y CSJ SL498-2016, entre muchas otras).*

De igual forma, en sentencia CSJ SL118-2019, sobre el tema de compartibilidad y compatibilidad pensional, esta Corporación señaló:

*Frente a este último punto, esta sala de la Corte ha señalado, con insistencia, que, por regla general, las pensiones convencionales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 1985 son compatibles con las de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, pues la posibilidad de compartirlas sólo se generó tras la expedición del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985. Del mismo modo, ha adoctrinado que las excepciones a dicha regla sólo pueden provenir de un acuerdo entre las partes, plasmado en el mismo instrumento normativo que consagra la prestación, como la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

Criterio que ha sido reiterado recientemente entre otras providencias, en la CSJ SL4555-2020, SL2238-2021.”

Bajo esta arista, descendiendo al caso concreto, se tiene que mediante Resolución No. 0103 del 27 de enero del 2010, al señor Zambrano Ruíz le fue reconocida **pensión de jubilación** por parte de la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, a partir del 21 de julio del 2009 en cuantía inicial de \$1.637.327 (fl. 153 a 158 y 323 a 326 archivo 01) la cual fuera reliquidada conforme resolución 0465 del 11 de marzo del 2010 (fls. 327 a 331 archivo 01), para señalar que el monto de la prestación era de \$1.803.127; y mediante sentencia judicial proferida el 13 de julio del 2010 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso No. 11001-31-00027-2009-00311-00, revocada por el Superior mediante providencia del 18 de febrero del 2011 y que fuere casada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 21 de febrero del 2018 (fl. 219 a 253 archivo 01 y 32 a 66 archivo 12), se condenó a la otrora Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, a reconocer y pagar la **pensión vitalicia de jubilación convencional** a favor, entre otros, del señor Fabio Ernesto Zambrano Ruíz, a partir del 21 de julio del 2004 en cuantía inicial de \$1.974.433, orden que fue cumplida por la aquí demandante mediante la Resolución RDP 006075 del 25 de febrero del 2019 (fls. 340 a 345 archivo 01).

Así las cosas, como quiera que la pensión de jubilación convencional reconocida al aquí demandado fue otorgada con posterioridad al 17 de octubre de 1985, no ostenta el carácter de compatible, sin que obre en el plenario prueba alguna que demuestre que las partes pactaron lo contrario, y por ello, claro resulta que las prestaciones antes relacionadas tienen el carácter de compartibles, por lo que acertada resulta la decisión de la *a quo*, el ordenar a la UGPP al pago del mayor valor que resulte entre la pensión de jubilación convencional y la de jubilación reconocidas al aquí demandado.

Ahora bien, en lo que respecta a la fecha a partir de la cual se ordena efectuar el pago del mayor valor entre las prestaciones reconocidas al

accionado, punto preciso de apelación de la activa, pertinente resulta citar la sentencia CSJ SL 2893 de 2021 Rad. 83389, en la cual, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso:

“Resulta oportuno destacar que el artículo 83 de la Constitución Política consagra que *«Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas»*, y el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el literal c) del ordinal 1 establece paladinamente que *«no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe»*, cuando sean reconocidas prestaciones periódicas.”

Tesis que también ha sido expuesta por el H. Consejo de Estado, que en sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, dentro del expediente con radicado No. 73001-23-33-000-2015-00229-01 (0913-17), dijo:

“La buena fe, como principio general del Derecho, es el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión o la rectitud de una conducta. Exige, entonces, una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina principio de probidad.

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo, significa que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación; de manera que el ciudadano puede confiar en la Administración y a su vez ésta puede confiar en el ciudadano; confianza que en todo caso, debe desprenderse de signos externos, objetivos, inequívocos, que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta. No puede deducirse de manera subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

El numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“Los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, **pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe**”. (Negrillas del texto)

“Añade la Corporación que si se aceptara el reconocimiento de la pensión decretada por la resolución No. 002341 de 1993, dentro de los 20 años de servicio exigidos para ese efecto, se estaría tomando tiempo de servicios que el Departamento del Tolima tuvo en cuenta para reconocer la pensión de jubilación a cargo de la Caja de Previsión de esa entidad territorial.

Por ende, la Sala declarará la nulidad de la resolución acusada No. 002341 de 1993.

Sin embargo, ella considera que no es viable disponer el reintegro de las mesadas pensionales que han sido pagadas a la señora (...), como se solicita en el escrito introductorio del proceso, en virtud del reconocimiento de pensión de jubilación por el acto administrativo acusado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable en el caso sub-judice, ya que le correspondía a la parte actora probar debidamente que la demandada cuando solicitó la pensión actuó de mala fe y ello no ocurrió así”<sup>16</sup>. Subrayado fuera del texto.

En el mismo sentido se indicó:

“La Sala observa que evidentemente a la demandante no le asistía el derecho al reajuste que le fue reconocido y que implicó el pago de la mesada pensional a partir del 1 de enero de 1996 en un monto equivalente a seiscientos diez mil novecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y un centavos (\$610.959,91) cuando por este concepto le correspondía solamente la suma de quinientos sesenta y cinco mil

novecientos sesenta y cinco pesos con sesenta y cuatro centavos (\$565.965,64).

Lo anterior teniendo en cuenta que como obtuvo el derecho pensional a partir del 1 de enero de 1996 no le era aplicable el incremento previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, **la entidad demandada no estaba facultada para pretender unilateralmente recuperar las sumas de dinero que por equivocación pagó pues fueron recibidas por la actora de buena fe. En esa medida, los pagos efectuados por la entidad tienen amparo legal porque fueron recibidos de buena fe por la demandante** y en ese orden, no obstante la legalidad del acto que dispuso el reintegro, la Sala considera que la administración no probó ni en la vía gubernativa ni en la judicial la mala fe de la demandante en la obtención de los reajustes pagados”.<sup>17</sup> (El resaltado es de la Sala)

La tesis fue reiterada posteriormente así:

“Por último como el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A. dispone que “Los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, igualmente deberá confirmarse en este sentido la decisión apelada, pues, el demandado está amparado por el principio de la buena fe, ya que no se afirmó, ni demostró que hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener la pensión de jubilación, por lo tanto no está obligado a devolver lo que ya le fue pagado por este concepto<sup>18</sup>. (Subrayado fuera del texto).

Como se infiere de la norma transcrita, se exige para la devolución de prestaciones periódicas por parte de los particulares, la demostración de su mala fe, pues la buena fe en sus actuaciones es una presunción constitucional; es decir, la demostración de que los particulares hubiesen asaltando la buena fe para hacerse acreedores a una prestación a la que no tenían derecho.”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

Posición que también fue expuesta por la mentada Corporación en sentencias con radicados 08001-23-31-000-2005-01283-01, 52001-23-33-000-2012-00067-01, 25000-23-25-000-2011-00609-02 y 05001-23-33-000-2012-00385-01, entre otras.

Así, al revisar el material probatorio arrimado al presente, no encuentra esta Sala prueba alguna que permita desvirtuar la presunción constitucional de la buena fe del señor Zambrano Ruíz, contenida en el artículo 83 de la Carta Política, con lo que no es dable que los efectos de la compartibilidad pensional lo sean a partir del 21 de julio del 2009, fecha en la que se reconoció la pensión de jubilación al demandante, tal y como lo deprecia la UGPP y en tal sentido, encuentra ajustada la decisión de primera instancia de ordenar el pago del mayor valor a partir de la ejecutoria de la sentencia proferida en el presente asunto.

Corolario de lo anteriormente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

#### **IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO.** - Sin costas en esta instancia.

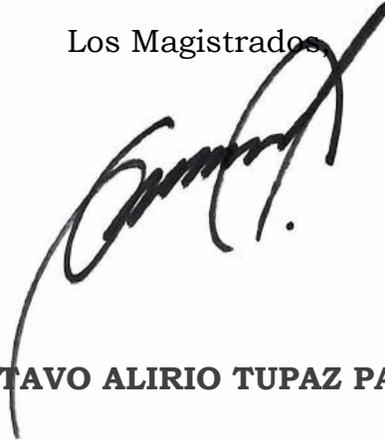
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00462 01

Demandante: **UGPP**

Demandado: **FABIO ERNESTO ZAMBRANO RUIZ**

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

Los Magistrados



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS** adelanta contra **COLPENSIONES y la recurrente**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la A.F.P. Porvenir S.A. en el mes de agosto de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros; y a esta última a aceptar dicho traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 15), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO.** DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante.

**CUARTO.** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

**QUINTO.** CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada PORVENIR, fijándose como agencia en Derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL DE PESOS (\$1'200.000).

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**PORVENIR S.A.**, en síntesis, manifestó que, la demandante se trasladó al RAIS de manera válida y lo hizo con sustento en las cargas normativas para el fondo para el año 1994, por lo que, los términos rigurosos por los que se pretende reprochar a Porvenir S.A. solo fueron impuestos posteriormente.

Indicó que, no resulta “coherente” declarar la ineficacia en unos sentidos y en otros no, ya que la consecuencia jurídica de la figura de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico no se celebró jamás y en ese orden los rendimientos producto de la gestión profesional que hiciera Porvenir S.A. tampoco se generaron, máxime cuando estos son sumas privativas del RAIS que ponen a la demandante en un condición mejor y diferente a la que tendría en el RPM.

Expuso que, en caso de que se considere como efecto de la ineficacia que hay lugar a las restituciones mutuas, debe tenerse en cuenta que, respecto de Colpensiones, esa AFP actuó como un agente fiduciario involuntario, conforme lo establecen los artículos 2304 y 2310 del Código Civil y en este caso administró los aportes de la demandante y, al declararse la ineficacia, estos se entregan junto con unos rendimientos superiores a los que hubiesen tenido los aportes en caso de haber sido gestionados por el RPM, por lo que solamente se ha de reembolsar a Colpensiones los rendimientos que hubieran tenido los aportes de haber sido gestionados por esa entidad.

Indicó que, en caso de que el Superior ordené la devolución de todos los rendimientos causados en el RAIS, es necesario autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, ya que debe reconocerse que el fondo ha administrado unos recursos que le generaron a la afiliada unos rendimientos financieros aumentados de tal forma que ello conlleva a una compensación económica, además, adujo que el artículo 1746 del Código Civil indica que, en las restituciones mutuas cada parte se hace responsable de los deterioros causados y en este caso los afiliados deben asumir que los gastos de administración les generaron unos rendimientos financieros que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

han sido reconocidos, e indicó que el traslado de los dineros se hace con base en lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008 por lo que, existiendo norma que regula la situación no existe razón para apartarse de la misma e incluir conceptos que no se establecen en esta.

Respecto de la orden de devolución de sumas previsionales, dijo que estos dineros se encuentran destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras, quienes cubrieron a la demandante frente a estas contingencias, siendo dineros que ya cumplieron la finalidad de ley, existiendo además una imposibilidad material al ser dineros que ya no se encuentran en poder de esa AFP sino en manos de terceros de buena fe.

De otro lado, señaló que es improcedente la condena de indexación sobre los gastos de administración y seguros previsionales, pues ante la eventual condena de reintegro de los rendimientos financieros, estos resultan ser superiores a la eventual condena por indexación, permitiendo a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado, mismo que cubre cualquier tipo de indexación o valor adicional por el que se pretenda condenar a Porvenir S.A.

Finalmente, solicitó desestimar la condena en costas, pues Porvenir S.A. acudió a este trámite judicial en estricto apego a las normas procesales y en ejercicio de su derecho de defensa, además, atendiendo lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, esa AFP estaba impedida para rechazar la voluntad de afiliación plenamente manifestada por la demandante para el año 1994, conforme los requisitos y la carga normativa que para ese entonces era impuesta a los fondos privados.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 23 de septiembre de 1993 presenta aportes en tal régimen (fl. 18 archivo 08) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 01 de julio de 1994 (fl. 25 archivo 15) y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 01 de septiembre de 2007 (fl. 26 archivo 15).

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 25 del archivo 15, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01 de julio de 1994 con la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Hernández Vargas se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de julio de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Respecto de del argumento presentado por la apelante referente al tema de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debe señalarse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecida una línea en la que ha explicado que *“por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020.”*<sup>1</sup>

Frente al particular, en la sentencia CSJ SL2613 del 2022, también se pronunció sobre el asunto, y dijo:

“En efecto, de cara a los efectos jurídicos que conlleva la ineficacia del acto, la Corte ha precisado que:

*La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).*

*Por tal motivo, **ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos.** De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto*

---

<sup>1</sup> CSJ SL4322 del 2022.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

*ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021).*

(...)

Además, **acorde con los lineamientos vertidos en decisión CSJ SL1019-2022**, se tiene que:

**i) la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.

**ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos** y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

**iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera de texto)

Así, conforme la jurisprudencia en cita, no le asiste razón a la apelante, al pretender que no se devuelvan las sumas obtenidas por concepto de rendimientos financieros, como quiera que tales conceptos, debieron ingresar al RPM desde el momento mismo del nacimiento del acto ineficaz y los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a la que pueda tener derecho la actora en el RPM.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que al ordenar la devolución de los rendimientos se deba omitir la indexación, como lo pretende Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

seguros previsionales, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00166 01.

Demandante: **MIRYAM STELLA HERNÁNDEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

**SEGUNDO. – CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO. –** Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR** adelanta contra **PORVENIR S.A. y la recurrente**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos financieros y utilidades obtenidas, así como bonos pensionales y gastos de administración, estos últimos debidamente indexados; y a esta última a recibir dichos dineros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**PORVENIR S.A.** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor OCTAVIO GUERRERO LABRADOR al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de enero de 1998, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, conforme se dijo la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor OCTAVIO GUERRERO LABRADOR identificado con C.C. 93.081.784 a COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**TERCERO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

**CUARTO:** DECLARAR no probadas los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

**QUINTO:** COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**COLPENSIONES**, manifestó que, la afiliación del demandante fue válida, ya que la misma cumple con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, se verificó que el demandante firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, adicionalmente, señaló que el accionante no es beneficiario del régimen de transición y al momento de elevar la solicitud de regreso al régimen de prima media se encontraba a menos de 10 años para acceder al derecho pensional, siendo improcedente alegar después de tanto tiempo que fue engañado, solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas.

Precisó que la ineficacia de ninguna manera contempla la omisión o error en la información por parte de la AFP como supuesto de hecho que debe probarse para declarar ineficaz un negocio jurídico.

Expuso que Colpensiones no participó en la afiliación del demandante a la AFP demandada, por lo que resulta ser un tercero por el resultado del proceso, al ordenársele recibir al demandante en calidad de afiliado.

Indicó que, en caso de confirmarse el fallo de primera instancia y ante un evidente perjuicio al RPM debido a una descapitalización del fondo, al recibir al afiliado por vía judicial, solicita a título de sanción, condenar a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Porvenir S.A. al pago de un cálculo actuarial proporcional y equivalente al valor total de las mesadas pensionales a pagar, liquidadas bajo los parámetros del RPM, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y sus beneficiarios, pues reiteró que Colpensiones es un tercero afectado que no tuvo participación en el engaño u omisión de la información entregada por la AFP.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 05 de septiembre de 1985 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_2160-20220113092521 carpeta 11) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 27 de noviembre de 1997 (fl. 18 archivo 01 y 97 archivo 09).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 18 del archivo 01 y 97 del archivo 09, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 27 de noviembre de 1997 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

*información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Guerrero Labrador se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (27 de noviembre de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Respecto de del argumento presentado por la apelante referente a que el actor no era beneficiario del régimen de transición y que se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si es o no beneficiario del régimen de transición o si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de su no injerencia en el acto de traslado celebrado entre el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

demandante y la AFP del RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016<sup>1</sup> (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

---

<sup>1</sup> Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».<sup>2</sup>

**3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

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

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

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

Finalmente, no se accederá a la solicitud de Colpensiones de condenar a Porvenir S.A. al pago de un cálculo actuarial, puesto que dicha pretensión no fue elevada en el presente juicio, por lo que fulminar condena frente a tal concepto, vulneraría el derecho de defensa y contradicción de la mentada AFP con la que el demandante realizó el traslado inicial de régimen.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00320 01.

Demandante: **OCTAVIO GUERRERO LABRADOR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

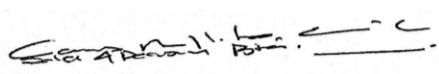
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR** promovió contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y LAS RECURRENTES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad de su afiliación a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. y se ordene su regreso al régimen de prima media.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a las AFP demandadas, devuelvan a Colpensiones todos los aportes y rendimientos del demandante; y a esta última a recibirlo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Así mismo, depreca se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales sufridos, al pago del retroactivo pensional desde el 01 de septiembre de 2013 hasta la fecha del fallo, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la correspondiente indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLFONDOS S.A.** (fls. 209 a 233 archivo 01) se opuso a las pretensiones de la acción y dentro de las excepciones de mérito propuestas, presentó la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 04), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

De otro lado, **COLPENSIONES** (archivos 06 y 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

**PORVENIR S.A.** (archivo 08), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Finalmente, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (archivos 14 y 15), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó, entre otras, la excepción de inexistencia de la obligación.

## **3. Providencia Recurrída.**

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**PRIMERO.** DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante EXPEDITO RAMIREZ SALAZAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.** ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

**TERCERO:** ORDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS a devolver al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO las sumas que recibió en razón a la redención del bono tipo A emitido en favor del actor; una vez efectuado lo anterior el MINISTERIO DE HACIENDA y COLFONDOS deberán adelantar los trámites administrativos correspondientes para la anulación del referido bono conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO.** ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor EXPEDITO RAMIREZ SALAZAR en el presente proceso, conforme quedo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

**QUINTO.** DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades demandadas en sus contestaciones.

**SEXTO.** COSTAS. Serán a cargo de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., tásense las agencias en derecho en un (01) SMLMV, para cada una de ellas.

**SÉPTIMO.** Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

**COLFONDOS S.A.**, frente a la orden de devolución del bono pensional, indicó que esa AFP es una “simple intermediaria”, por lo que se debe entender que el demandante firmó la aceptación de dicho bono pensional, el cual, a pesar de que se puede redimir de manera “normal”, se necesitan ciertas autorizaciones por parte del demandante, lo que no se tuvo en cuenta al momento de resolver la nulidad, olvidando que, para que este bono

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

pensional sea devuelto de manera normal se necesita la autorización y firma del aquí demandante, situación que se “pasó por alto” y por ello solicita se revise con mayor rigurosidad esta actuación efectuada por el actor, ya que esto indica que el actor conocía de antemano todos los beneficios de este régimen, máxime cuando estos dineros pertenecen al erario público.

De otro lado, **COLPENSIONES**, manifestó que, esa entidad nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y las AFP del RAIS, por cuanto no existió injerencia alguna por parte de Colpensiones para que el demandante tomara la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; que el actor no se acercó a las instalaciones de esa administradora para asesorarse respecto de la decisión que había tomado; que no es la entidad llamada a asumir las consecuencias de la presunta falta de información por parte del fondo privado al momento de realizar el traslado y que para el año de 1997 el accionante no se encontraba inmerso dentro de ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, máxime si se tiene en cuenta que era su derecho la escogencia del régimen pensional conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Precisó que la distribución de los aportes en los regímenes pensionales es distinta y que han sido aproximadamente 24 años en los cuales Colpensiones no ha tenido como afiliado al demandante, lo que va en su detrimento patrimonial, máxime cuando la razón por la que el demandante quiere retornar al RPM se basa en su mesada pensional, sin que en el plenario obre prueba alguna o comparativo que demuestre que, en efecto haya una afectación directa en la mesada pensional del demandante.

Indicó que, la declaratoria “injustificada” de la ineficacia del traslado de un afiliado del RAIS al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y lo descapitalizaría, por lo que debe tenerse en cuenta lo señalado en las sentencias de la Corte Constitucional C -1024 del 2004, SU- 062 de 2010 y SU- 130 de 2013, donde se dice que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados al RPM; y que, si bien es cierto la decisión apelada no impone una condena directa a Colpensiones, sino una obligación de hacer, a futuro,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

tal decisión conlleva implícito el reconocimiento de la prestación a favor del demandante por parte de Colpensiones, lo que perjudicaría sus intereses.

Finalmente, en caso de que se confirme la sentencia apelada, solicitó condicionar su cumplimiento a la devolución de la totalidad de los dineros ordenados por parte de Colfondos S.A., ya que esa entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice la información del demandante en las bases de datos, así mismo, solicitó no condenarla en costas, reiterando que esta administradora no participó en el acto que se presume ineficaz y nulo, siendo un tercero de buena fe al que se le causa un daño injustificado por el contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las partes.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la A.F.P PORVENIR S.A.? y de ser ello positivo, ¿COLFONDOS S.A., actual A.F.P a la que se encuentra afiliado, debe devolver el bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 21 de julio de 1994 presenta aportes en tal régimen (fls. 38 y 49 archivo 01 y archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_2049-20210805093239 carpeta 07), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 06 de marzo de 1997 (fls. 47 y 64 archivo 01 y 24 archivo 08) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: i) A PROTECCIÓN S.A., el 16 de junio del 2000 (fl. 38 archivo 04) y luego a ii) CITICOLFONDOS hoy COLFONDOS S.A., el 10 de septiembre de 2008 (fl. 232 archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 47 y 64 del archivo 01 y 24 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 06 de marzo de 1997 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ramírez Salazar se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de marzo de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el

traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de su no injerencia en el acto de traslado celebrado entre el demandante y la AFP del RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016<sup>1</sup> (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

---

<sup>1</sup> Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».<sup>2</sup>

**3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

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

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

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

Frente a los argumentos presentados por Colfondos S.A., que se refieren a la autorización y firma del demandante y que se requieren para hacer efectiva la orden de devolución del bono pensional, ha de señalarse que ello se dio mediante una orden judicial, contenida en un fallo, la cual prima sobre cualquier tipo de autorización que pueda dar el aquí demandante, por ello, no se accederá a tal pedimento.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, **también deberá devolver los rubros pagados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,** deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

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

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de la A.F.P Colfondos S.A., a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

Finalmente, y, respecto de las costas frente a las cuales Colpensiones solicitó su absolución, se evidencia que dicha entidad no fue condenada a pago alguno por tal concepto.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

## **V. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, **también deberá devolver los rubros pagados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,** deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00263 01.

Demandante: **EXPEDITO RAMÍREZ SALAZAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la “anulación” de la afiliación realizada a Porvenir S.A. en el mes de noviembre de 1995.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones el capital y rendimientos financieros acumulados en dicha AFP del RAIS; y a esta última a recibir dichos dineros y luego del retorno a reconocer y pagar una pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (archivos 03 y carpetas 1.1 y 1.2), se opuso a las pretensiones de la demanda y su reforma, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivos 08 y 11), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y su reforma y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

## **3. Providencia Recurrida.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad desde el 1° de diciembre de 1995, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

**TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**CUARTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar, a la demandante, la pensión de vejez, conforme los parámetros establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, una vez cuente con la historia laboral debidamente actualizada y consolidada.

**QUINTO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

**SEXTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**SÉPTIMO:** CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Líquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

**OCTAVO:** CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

**COLPENSIONES**, manifestó que en este caso debe tenerse en cuenta el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP condenada en razón a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando y tampoco se le puede considerar como la parte débil del proceso por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Expuso que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por Colpensiones se encuentran permeadas de buena fe y la negativa a recibir a la actora se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que, como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

Precisó que la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y se beneficiaría por los aportes que los demás afiliados han realizado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Solicitó se revoque la condena en costas impuesta a esa entidad, por cuanto no adeuda suma alguna de dinero a la demandante y no se evidencia negligencia en su actuar, pues la negativa de recibir nuevamente a la demandante se ajustó a las previsiones legales.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, manifestó que, la sentencia SL 9316 del 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, por lo que, teniendo en cuenta que entre las obligaciones de las AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario le han generando unos rendimientos.

Indicó que, además, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, debe tenerse en cuenta que tal rubro sería excluyente con la indexación ordenada, pues con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **3.1. De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

desde el 25 de julio de 1980 presenta aportes en tal régimen (fl. 32 archivo 01, fl. 24 archivo 03 y carpetas 1.1 y 1.2) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 14 de noviembre de 1995 (fl. 90 archivo 08).

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 90 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de noviembre de 1995 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Salazar López se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (14 de noviembre de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por la demandada apelante referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, respecto de argumento presentado por Colpensiones, referente a que la actora, tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no sule la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

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

De otro lado, se itera, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que al ordenar la devolución de los rendimientos y la indexación, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, se esté fulminando una doble condena por el mismo concepto, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

### **3.2. De la pensión de vejez.**

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, la actora solicita su prestación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993; el artículo 33 de esta última norma (modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), establece que se debe acreditar un mínimo de 1.300 semanas de cotización y, para el caso de las mujeres, 57 años de edad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la demandante nació el 18 de mayo de 1961, a decir del documento de identidad visible a folio 31 del archivo 01, por lo que cumplió 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2018; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrojada por Porvenir S.A. con fecha de generación 16/06/2021 (fls. 102 a 156 archivo 08), para el mes de mayo del 2018 la demandante acredita 1.884 semana, cumpliendo así los requisitos de la norma en cita para el mes de mayo del 2018, razón por la cual acertada resulta la decisión de primera instancia, siendo pertinente resaltar que la parte demandante no apeló la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto de la pretensión pensional.

Finalmente, a la solicitud de Colpensiones de revocar la condena en costas impuesta, no se accederá, como quiera que este concepto se impone a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada, para **ADICIONARLO** y **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2018 00791 01.

Demandante: **MARÍA LUZ SALAZAR LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

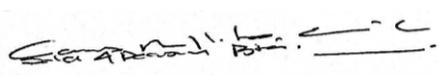
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por la señora **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ**, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que esta adelanta contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todas las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, tales como aportes, sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses y rendimientos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así mismo, solicita se ordene a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los dineros trasladados por Porvenir S.A., a reconocer y pagar una pensión de vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993 desde el 20 de agosto del 2018, el correspondiente retroactivo, la indexación correspondiente y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

## **3. Providencia Recurrída.**

El *a quo* dictó sentencia **absolutoria**.

Para llegar a tal determinación indicó que la demandante se trasladó al RAIS el 31 de octubre de 1994, como se evidencia con el formulario de afiliación suscrito en tal data, el cual no acredita que la actora hubiere sido debidamente informada previamente a tomar la decisión de traslado, lo que se corrobora con el interrogatorio de parte rendido por la actora del cual se puede colegir que al momento de la afiliación no le fue suministrada información relevante, sin embargo, de sus manifestaciones se evidencia el conocimiento de elementos propios de la seguridad social, ya que, por su cargo y experiencia profesional conocía los rendimientos financieros y el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

valor que generaban, conocía la pérdida que se le ocasionó en su caso individual, aclarando que, en ejercicio de su cargo como directora de inversiones de la AFP Horizonte fue la persona encargada de hacer inversiones de los dineros de las cesantías que en mayor medida indicó correspondían a ese rubro, pero también sobre el valor de los aportes pensionales, de lo que se puede colegir que conocía en esencia lo que significaba dicho régimen bajo el entendido del sistema financiero de inversión, lo que permite colegir que la demandante no es una persona lego en materia pensional y, por el contrario, conoce la dinámica de los valores de la compañía porque ese era su trabajo específico para los años 1994 a 1998 en la AFP Horizonte y para la época de su traslado conocía los requisitos del régimen público, como lo señaló en el interrogatorio, lo que significa que contaba con los parámetros precisos para tomar una decisión con el marco de conocimiento suficiente para asumir la decisión del riesgo contractual.

Precisó que, la jurisprudencia ha dicho que es obligatorio el estudio de cada caso en particular y concreto para valorarse la instrucción y conocimiento preciso pues, en el evento en el que el ciudadano no asuma su decisión informada, por lo menos de los parámetros de ambos regímenes pensionales, la responsabilidad jurídica en el negocio celebrado se entiende perfeccionada, por lo que los actos que resulten contrarios con posterioridad, no servirán de fundamento para declarar la ineficacia y, en su caso particular, lo cierto es que, si bien se constató que no se le brindó información clara, completa y precisa de ambos regímenes, no puede obviarse que tenía conocimiento preciso de condiciones particulares propias del RAIS, de las cuales se evidencia el conocimiento del régimen, ello desde el marco de su financiación, porque era la persona encargada ante la AFP Horizonte en el interregno de 1994 a 1998 de realizar las inversiones, circunstancias particulares que no pueden ser obviadas en el estudio y valoración de los medios de prueba en este escenario judicial y, si bien es cierto se ha indicado que no solo el grado de instrucción es suficiente para entender por superado el deber de información, en el caso particular, ante el manejo del objeto medular del esquema de financiación de la entidad, no puede arribarse a la misma conclusión expuesta en la jurisprudencia, pues sus actividades constituyeron, en su momento, el principal esquema

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

financiero de la compañía para la realización de su objeto comercial, calidad que no puede ser minimizada por la escasa información que se le brindó en la reunión inicial, pues al efecto, la demandante conocía los requisitos de ambos regímenes pensionales y por lo tanto, tomó una decisión informada con los riesgos que ello genera.

Expuso que, en este asunto particular, si bien es cierto no se acredita la información suministrada a la demandante, de las pruebas allegadas se puede colegir que contaba con la información suficiente para tomar una decisión informada que permite enrostrar a la demandante el hecho de la continuidad y permanencia en el RAIS, asumiendo la decisión del riesgo de la determinación tomada.

Concluyó señalando que, tampoco se advierte que se hubieran acreditado vicios en el consentimiento en la celebración del acto jurídico, resaltando que la inconformidad que se genere en el valor eventual de la mesada pensional no da lugar a declarar su ineficacia ni mucho menos su nulidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil.

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**LA DEMANDANTE** indicó que, al escuchar los audios de su interrogatorio de parte, no se evidencia que a ella se le hiciera la pregunta concreta sobre el conocimiento de los dos regímenes pensionales y tampoco manifestó que los conocía.

Manifestó que, si bien trabajó para la AFP Horizonte, también es claro que para el momento en que se efectuó el traslado no tenía conocimiento de ninguna de las circunstancias o nunca recibió la información respecto de lo que le esperaba al trasladarse a Porvenir S.A. y por ello debe, en ese momento, verificarse si se cumplió o no con el deber de información y al remitirse a lo declarado, en el tiempo que estuvo afiliada al RAIS “nunca” recibió información, lo que no fue debatido con ninguna prueba por parte de las demandadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Precisó que, en este caso, no se demostró que al momento del traslado en el año de 1994, hubiese recibido la información y es ahí donde se vicia el traslado efectuado, ante la falta de información para ese momento.

Aclaró que, si bien su especialidad es gerencia financiera y manejó las inversiones de la AFP Horizonte, ello no quiere decir que tenga conocimiento de asuntos pensionales y de los dos regímenes pensionales, cuando manifestó que no los conocía para el año 1994, sin que en este caso se tuviera en cuenta la carga de la prueba que tenía Porvenir S.A., específicamente demostrar que, para la data del traslado, sí entregó la información suficiente y necesaria para que ella tomara la decisión del traslado.

Expuso que, debe diferenciarse el hecho que ella tenía conocimientos financieros, que tenía que tener para realizar su trabajo que eran las inversiones que hacía de los dineros que ingresaban a Horizonte como fondo de cesantías y fondo de pensiones, y otra, es que en esas inversiones tenga que tener conocimiento de pensiones y el hecho de que conociera de inversiones, no significaba que tuviera conocimiento de regímenes pensionales, en especial del RAIS y que las cotizaciones adicionales que efectuó en algunos periodos no pueden tenerse como óbice para negar las pretensiones de la demanda.

Indicó que de su declaración se evidencia que Porvenir S.A. no cumplió con el deber de información, el cual esta AFP debe demostrar, situación que no ocurrió en este caso; adicionalmente, precisó que su declaración no puede sacarse de contexto con las preguntas realizadas sobre las funciones que cumplía en su trabajo, enfatizando que, si bien tenía conocimiento de las inversiones, no conocía los pormenores de la situación pensional y el hecho de que haya trabajado por 4 años en Horizonte no significa que por ello haya obtenido la información sobre pensiones, máxime cuando se dedicaba a inversiones y no a pensiones, destacando que en una de sus respuestas dijo que tenía conocimiento de cómo se distribuían esos dineros y que obtenían ganancias, lo que significa que estaba alejada del tema pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta acertada la decisión de primera instancia al no declarar la ineficacia del traslado pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.?

#### **Tesis**

Revocar la decisión de primer grado.

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

#### **3.1. De la ineficacia del traslado.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, es claro que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 15 de mayo de 1980 presenta aportes a tal régimen (fls. 77 archivo 01 y fl. 76 a 81 archivo 07) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 31 de octubre de 1994 (fl. 64 archivo 01 y fl. 42 archivo 07).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 64 del archivo 01 y 42 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 31 de octubre de 1994 con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Caballero Rodríguez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (31 de octubre de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Ahora bien, respecto de los argumentos presentados por la accionante en su recurso, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia CSJ SL 1949 del 2021 Rad. 87087, en la que expuso:

“Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión.”

Y en la sentencia CSL SL 1729 del 2022 Rad. 90547, en donde la parte demandante era “*analista de crédito y vicepresidenta operativa y financiera*”, se pronunció, exponiendo:

“contrario a lo afirmado por el *ad quem*, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).”

Posición reiterada en la sentencia CSJ SL 112 de 2023 rad. 91154, en donde se indicó que la profesión de abogada que ostentaba la actora, no era óbice para que la AFP omitiera el deber de información al que se encuentra obligada. Al punto, señaló:

“si bien admitió su condición de abogada, ello no justifica que la AFP no hubiera cumplido con el deber de ilustrarla sobre las condiciones, las ventajas, las desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y los efectos que acarrea el cambio de régimen. En efecto, tal como lo ha precisado la Sala, *«Porvenir S. A. no podía excusar el incumplimiento de tal deber por el simple hecho de que la actora sea abogada –hecho indiscutido en casación-, pues independientemente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar a los afiliados la información en los términos expuestos (CSJ SL1949-2021)».* (CSJ SL2474-2022).”

Posición reiterada en sentencias CSL SL 164 de 2023 Rad. 91056 y CSJ SL 311 de 2023 rad. 90469, esta última en la que se dijo: *“La accionante también indicó que era profesional administradora de empresas, que para el año 2008 cuando se trasladó de Protección a Horizonte, era gerente de BBVA leasing y que en los últimos años ha recibido los extractos mensuales de sus ahorros pensionales. Afirmaciones que, contrario a lo señalado por el colegiado, no evidencian que hubiese expresado un consentimiento debidamente informado al momento de su cambio de régimen, sin que para tal efecto resulte relevante la calidad profesional de la afiliada o el área laboral en que se desempeñaba, como equivocadamente lo consideró el Tribunal.”*

Así las cosas, la profesión que ostenta la actora o las funciones que desarrollaba en determinado empleo, ni son relevantes ni demuestran que la afiliada hubiere expresado un consentimiento debidamente informado, con lo que el hecho de que la aquí accionante hubiere laborado unos años

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

en el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte como Directora de Inversiones, no demuestra que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. le hubiese brindado, al momento de su traslado, la información necesaria, clara, completa y suficiente, en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, para adoptar la decisión de traslado de manera informada.

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia apelada** a fin de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Alcira

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Caballero Rodríguez a la A.F.P Horizonte hoy Porvenir S.A. el 31 de octubre de 1994; en consecuencia, se **ORDENARÁ** a Porvenir S.A., fondo en el que se encuentra afiliada actualmente, devolver a Colpensiones la totalidad de los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora caballero Rodríguez, incluyendo los aportes, rendimientos generados, bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

### **V. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **REVOCAR** la sentencia apelada a fin de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Alcira Caballero Rodríguez a la A.F.P Horizonte hoy Porvenir S.A. el 31 de octubre de 1994, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

### **SEGUNDO.** – **ORDENAR** a:

2.1. PORVENIR S.A., devolver a Colpensiones la totalidad de los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora Caballero Rodríguez, incluyendo los aportes, rendimientos generados, bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales, rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

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

### **TERCERO.** - Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00057 01.

Demandante: **ALCIRA CABALLERO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLMENA S.A.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare que la demandada con anterioridad a la afiliación de la trabajadora Yojaira Altahona García, asumió los riesgos laborales de esta y que, durante dicho lapso, tal trabajadora estuvo expuesta a los riesgos ocupacionales que dieron origen a la pensión de invalidez; y que la demandada debe reembolsar todos los gastos que asumió por concepto de reserva matemática y prestaciones económicas de forma total, o en subsidio, de manera proporcional al tiempo de exposición que la trabajadora tuvo en tal aseguradora. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de las mesadas que ha pagado a Yojaira Altahona García, de la reserva

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

matemática, o en subsidio, del porcentaje que se determine en el proceso; indexación e intereses comerciales.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** El 14 de septiembre de 2006 le fue diagnosticada una enfermedad profesional a Yojaira Altahona García, esto es, mientras estuvo afiliada a COLMENA S.A.; **2)** No obstante lo anterior, la trabajadora empezó a presentar síntomas desde mucho tiempo atrás, estando expuesta al riesgo desde que estaba afiliada a la demandada; **3)** El 28 de septiembre de 2007 se emitió dictamen por parte de la Junta Nacional de Calificación de invalidez en el que se determinó que la trabajadora tenía un P.C.L. del 53,97%, estableciéndose como fecha de estructuración el 05 de marzo de 2007; **4)** El 01 de diciembre de 2004 la señora Altahona García se afilió a COLMENA S.A.; **5)** El 28 de febrero de 2008 reconoció pensión de invalidez a la señora Altahona García, a partir del 05 de marzo de 2007; **6)** Constituyó reserva matemática por valor de \$190'287.299, así como pagó retroactivo y reconocido las correspondientes mesadas pensionales a su cargo; y **7)** Intentó arribar a un acuerdo con la demandada, empero, esto no fue posible.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** (fls. 145 a 150 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que en el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral no fue vinculada; y que operó la prescripción, pues han transcurrido más de los tres años de que trata el artículo 18 de la Ley 776 de 2002.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se acreditó que la señora Altahona García antes de estar afiliada con COLMENA S.A., estuvo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

en AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.; que la trabajadora ingresó a la nómina de pensionados de la demandante el 01 de febrero de 2008, y se estableció el P.C.L. desde el 05 de marzo de 2007; que por lo anterior, la norma aplicable era la Ley 776 de 2002, la que dispone que la entidad que asume el riesgo es la entidad en la cual estaba el trabajador al momento de sufrir el accidente o al requerirse la prestación si se trata de enfermedad laboral; que cuando un afiliado estuvo en varias A.R.L., la última puede recobrar a las demás en proporción al tiempo de exposición del riesgo cuando se está frente a una enfermedad laboral; y que la pensión que se reconoció a la trabajadora deviene de una enfermedad laboral, no obstante, no se acreditó que tuviera exposición al riesgo cuando estuvo en AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., esto es, antes de diciembre de 2004.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

La **parte actora** adujo que la exposición al riesgo se debe tener en cuenta para que se estructure una enfermedad, primero, se tiene que presentar síntomas; que está acreditado que la sintomatología se presentó durante la afiliación de la trabajadora a la demandada y previo a estar afiliada con ella, pues en documento del 01 de febrero de 2005 se establece que la demandante en su patología ya presentaba seis meses de evolución, así como en documento del 28 de diciembre de 2005 se indica síntomas de la misma; y que según jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá la exposición al riesgo no es otro que desde el momento que se experimenta la patología, pues puede que se desarrolle o no la enfermedad.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable que la AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. reembolse un valor total o parcial a COLMENA S.A. como consecuencia de la exposición a los riesgos laborales de la trabajadora Yojaira Altahona García, a quien se le reconoció pensión de invalidez?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Recobros en el Sistema de Seguridad Social de Riesgos Laborales.**

El sistema de riesgos laborales está concebido básicamente como de aseguramiento. De este modo, el empleador se asimila al tomador del seguro, de allí que es a este a quien le compete escoger la entidad que debe cubrir los riesgos y asumir totalmente el pago de la prima de aseguramiento o cotización; a su turno, la aseguradora es la Administradora de Riesgos Laborales, tiene como, asegurado al trabajador, beneficiarios en caso de fallecimiento a quienes integran su núcleo familiar, el riesgo asegurado es la contingencia producto del accidente de trabajo o la enfermedad profesional y, los beneficios se concretan en las prestaciones asistenciales y económicas señaladas en la ley, entre otras, rehabilitación física y profesional, asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica, subsidio por incapacidad temporal, pensión de invalidez o sobrevivientes y auxilio funerario (CSJ Rad. 33265 del 23 de febrero de 2010).

De esta manera, las consecuencias de la materialización de los riesgos laborales están a cargo del empleador desde el inicio de la relación laboral. Empero, para subrogar el siniestro, le corresponde asegurar a sus trabajadores mediante la afiliación a una administradora de riesgos laborales, y pagar las cotizaciones, de modo que, tales entidades tendrán a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales previstas en la Ley para amparar las consecuencias derivadas de los sucesos amparados.

De lo expuesto, se desprende que, la cobertura del sistema está supeditada al cumplimiento del acto jurídico formal de la afiliación, el que, tratándose de trabajadores dependientes está a cargo exclusivo del empleador y, con el cual, es posible que opere la subrogación de la responsabilidad al sistema integral de seguridad social que en tratándose de prestaciones económicas originadas en un accidente de trabajo o enfermedad laboral corresponde al sistema general de riesgos laborales, según se desprende del artículo 1° de la Ley 776 de 2002.

Por otra parte, el parágrafo 2° del aludido artículo 1 de la Ley 776 de 2002 señala que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de una enfermedad profesional, son reconocidas y pagadas por la administradora a la cual se encuentre afiliado el trabajador, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación; **que cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura;** y que para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Laboral, y la enfermedad sea calificada como laboral, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

De igual manera, tenemos que el artículo 5° del Decreto 1771 de 1994 señala que las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional son pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica; que la entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad; y que la entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes; norma que se incluyó posteriormente al Decreto 1072 de 2015 (artículo 2.2.4.4.5).

Al respecto se destaca, que la normatividad aludida es clara en establecer que la A.R.L. que responde puede repetir *“en la misma proporción del tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras”*, por lo que el factor para determinar la proporción no es otro que el tiempo de exposición al riesgo, de modo que considera la Sala que el elemento determinante y objetivo para establecer hasta cuando se extendió la cobertura, es la **fecha de estructuración de cada una de las enfermedades de los respectivos afiliados**, de modo que, se debe verificar proporcionalmente el riesgo asumido por cada entidad aseguradora en razón de diversas afiliaciones hasta tal momento, resultando de esta manera que cada entidad debe responder de forma proporcional por el tiempo que perduró su respectiva afiliación, pues recuérdese que **cada una responde a prorrata por el tiempo durante el cual otorgaron dicha protección y mientras perduró la afiliación.**

Lo anterior, guarda concordancia con lo que establecía el inciso 3° del artículo 8 del Decreto 1530 de 1996, que señala que en caso de que la enfermedad profesional se diagnostique con posterioridad a la desvinculación laboral del trabajador, la A.R.L. que cubrió el riesgo podrá

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

repetir para efectos del reembolso contra las anteriores administradoras a las cuales cotizó a prorrata en los términos del artículo 5° anotado y el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002.

Por otra parte, considera la Sala que a efectos de que sea dable reconocer las prestaciones económicas, a cargo de una entidad, es **imperativo que exista una relación entre la patología que dio origen a la prestación, y la que fue objeto de pago**, pues de lo contrario, es la entidad administradora de riesgos laborales en donde se encuentra afiliado el trabajador, la llamada a asumir las prestaciones que puedan surgir.

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que mediante dictamen del 28 de septiembre de 2007 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la señora Yojaira Altahona García presenta un P.C.L. del 53,97% de origen laboral con fecha de estructuración 05 de marzo de 2007 por las patologías denominadas “dolor crónico irritable” y “trastorno depresivo de la conducta” (fls. 66 a 69 del archivo 01 y archivo 10), por lo que será hasta tal calenda que se entiende que se debe verificar la cobertura de la prestación.

Por otra parte, y para establecer desde cuando inició el tiempo de exposición al riesgo, era necesario que se allegaran pruebas que dieran cuenta del lapso en el que la trabajadora estuvo propensa a desarrollar las patologías que generaron su P.C.L., para lo cual es insuficiente el certificado de afiliación de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., pues si bien esta da cuenta que la señora Altahona García fue afiliada a dicha administradora del 01 de octubre de 2003 al 27 de julio de 2004 y del 25 de agosto al 01 de diciembre de 2004 por parte de su empleador Asuper Ltda. (fl. 152 del archivo 01), lo cierto es que esta probanza es insuficiente para determinar desde cuando laboró al servicio de tal empresa, así como las funciones que desempeñó, lo cual era imperativo para determinar si durante la totalidad o en parte del tiempo que perduró tal relación, se tuvo exposición al riesgo que a la postre le generó el reconocimiento de su prestación económica, pensión de invalidez.

Igualmente, observa la Sala que dentro del dictamen de pérdida de capacidad laboral referido previamente se establece “Antecedentes de Exposición Laboral” y se hace referencia al empleador Asuper Ltda., señalándose que el demandante era Empacador, que los riesgos eran ergonómico y mecánico, y que en tal cargo laboró alrededor de 16 años; sin embargo, tal dictamen también es insuficiente para determinar fehacientemente la fecha de exposición, pues el mismo no determina de donde proviene tal información, ya que, sólo se plasmó en el acápite de antecedentes que la trabajadora era “Paciente de 40 años de edad, ocupación empacadora y clasificadora en empresa camaronera, no labora desde hace 2 años”, por lo que, en tales condiciones era necesario que se allegara algún tipo de certificación laboral que diera cuenta del tiempo efectivamente laborado con Asuper Ltda., para determinar de conformidad con el tiempo de afiliación a la demandada, cuál sería el porcentaje que proporcionalmente a esta le correspondería, por demás que, se desconoce si durante esos 16 años que se aluden en el dictamen, la demandante siempre estuvo expuesta al riesgo que generó su correspondiente invalidez.

Por las mismas razones, la historia clínica obrante en la carpeta 15.1 es insuficiente para establecer el tiempo de exposición al riesgo en estudio, puesto que tampoco da cuenta desde qué momento la trabajadora desarrolló actividades o desplegó funciones que pudieran generar las patologías con las que se determinó su P.C.L. En tal sentido, el documento HC 27 que data del 01 de febrero de 2005 y que hace alusión a que la trabajadora presentaba un cuadro de seis meses de dolor tipo punzante y exquisito en muñecas bilaterales, más en la derecha, que limita los movimientos y la fuerza, de igual manera, resultaría insuficiente para determinar la exposición al riesgo, pues de este únicamente sería dable desprender eventualmente desde qué momento se hubiera podido presentar la patología, lo que no conllevaría indefectiblemente al reconocimiento prestacional a cargo de la demandada, pues se itera, era necesario acreditar el tiempo de exposición de manera fehaciente, así como desde y hasta cuando perduró la afiliación con AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. para fijar el correspondiente porcentaje a pagar a quien funge como demandante.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de febrero de 2023 por parte del Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

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

Los Magistrados,



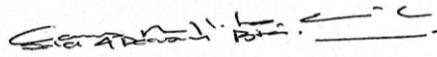
**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00675 -01.

Demandante: **COLMENA S.A.**

Demandado: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

Se señala a cargo de COLMENA S.A. como agencias en derecho la suma de \$750.000 a favor de la demandada.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita el pago del salario de mayo de 2015, turnos realizados de agosto a diciembre de 2015 en Transportes y Montajes J.B. S.A.S., Unigas, y Weatherford. Igualmente, solicita que se celebró un contrato a término fijo del 15 de mayo de 2016 al 15 de mayo de 2017 y, como consecuencia de ello, una indemnización por despido indirecto que acaeció el 16 de junio de 2016 e, indemnización moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:  
**1)** El 07 de enero de 2015 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada para desempeñar el cargo de Guarda de Seguridad, devengando

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

un salario mínimo; **2)** Prestó sus servicios en Weatherford Colombia Limited, Unigas Colombia S.A.S. E.S.P., Transportes y Montajes J.B. S.A.S.; **3)** Se le ordenó que debía cumplir turnos nocturnos, realizando nueve de ellos, señalándose que por doblar sus turnos se le reconocería una suma adicional de \$50.000 por cada turno; en diciembre de 2015 se le designó para hacer turnos dobles rotativos en Weatherford Colombia Limited y Unigas Colombia S.A.S. E.S.P. por diez días, de modo que laboró de 6:00 A.M. a 6:00 P.M., prometiéndose una suma adicional de \$20.000 por cada turno; **4)** No se realizó el pago de tales turnos ni del auxilio prometido; **5)** En abril de 2016 fue despedido sin justa causa; mes en el que también pidió su traslado a la ciudad de Bogotá; **6)** Presentó queja frente a los pagos dejados de realizar; **7)** En Bogotá fue asignado a Farmacias Cruz Verde; **8)** El 15 de junio de 2016 se sintió enfermó por lo que informó tal situación, sin embargo, a las 3:00 P.M. llegó el Supervisor quien le informó que le recibía el puesto sólo para que fuera a almorzar, ante lo que señaló que debía ir a urgencia por su situación de salud, de modo que se fue, y se dejaron consignadas en la minuta las c observaciones correspondientes; **9)** Se le otorgó incapacidad de tres días; **10)** Fue requerido por ausentarse de su turno, solicitándose su carta de renuncia; ante tal requerimiento presentó su carta de renuncia el 20 de junio de 2016; y **11)** Remitió diversos derechos de petición, así como inició acciones de tutela para lograr acceder a minutas de seguridad y turnos; y **12)** El 31 de enero de 2020 se le realizó cirugía en la Clínica Reina Sofía.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.** (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo celebrado el 07 de enero de 2015, el cargo, y el salario; la falta de pago de turnos que requiere el demandante en su demanda; y el traslado del actor en abril-mayo de 2016 a Bogotá.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

Adujo que pagó al demandante todos y cada uno de sus salarios, así como horas extras, nocturnas, dominicales y festivos; y que el contrato inició el 07 de enero de 2015 y finalizó el 06 de mayo de 2016 por renuncia libre y voluntaria que presentó el empleador.

### **3. Providencia Recurrída.**

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que el contrato de trabajo inició el 07 de enero de 2015 y que última prórroga era hasta el 15 de mayo de 2017; que el contrato finiquito anticipadamente, no obstante, no es dable reconocer indemnización por despido indirecto, puesto que no se manifestaron las causas que motivaron la renuncia por parte del demandante; que aunado a que no se solicitó la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, no se encuentra acreditado ningún tipo de vicio del consentimiento, especialmente que el demandante hubiera sido presionado a presentar carta de renuncia, así como tampoco se allegó la incapacidad que tuvo en las calendas próximas a su despido; que se acreditó el pago de mayo de 2015, por demás que sobre el mismo operó el fenómeno prescriptivo; y que para pagar tiempo extra, la prueba tiene que ser de tal magnitud que no permita realizar al juzgador efectuar supuestos para obtener el valor a reconocer, carga que no fue suficientemente acreditada frente a los turnos que aduce el trabajador laboró a nombre de la demandada.

### **4. Argumentos de la Recurrente.**

La **parte actora** adujo que el demandante ante la amenaza de un proceso disciplinario dio por terminado el contrato de trabajo, de modo que debió accederse a tal situación; que no se ve reflejado el pago de la nómina de mayo de 2015, únicamente se liquidó; y que frente a los turnos, se debió tener en cuenta que en caso de duda, esto debe resolverse a favor del trabajador, por demás que las minutas que hacen falta son precisamente las que se pretenden y, las otras se entregaron por orden de tutela.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA., para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable estudiar la terminación del contrato de trabajo desde la presión que aduce el trabajador sufrió para presentar su carta de renuncia?, ¿hay lugar al pago del salario de mayo de 2015? y, ¿se encuentran debidamente acreditados los turnos que se deprecian en la demanda?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Facultades Ultra y Extra Petita. Vicios del Consentimiento Despido.**

En materia laboral, el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra *petita*; no obstante, dicha facultad únicamente la delegó en el juzgador de única y de primera instancia, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

Descendiendo al caso en concreto, para la Sala es claro que dentro de las pretensiones de la demanda en ningún momento se incluyó la nulidad o ineficacia de la terminación de su contrato de trabajo y, el consecuente reintegro por haber sido coaccionado u obligado el trabajador a renunciar, por el contrario lo que se deprecó fue un despido indirecto. Al respecto, se recuerda que según CSJ SL3827-2020 precisó que si en la terminación se adolece de algún vicio del consentimiento, se sigue la consecuencia prevista en los artículos 1740, 1741 y 1746 del C.C. aplicables en materia laboral por autorización expresa del artículo 19 del C.S.T., lo que significa que “*produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*”, esto es, que el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y “*da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*” (CSJ SL4360-2019).

En todo caso, el material probatorio es escaso para tener por demostrado la existencia de vicios del consentimiento, pues según CSJ SL787-2021, estos no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que “*con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso*» (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)”.

Por otra parte y, en cuanto al despido indirecto se rememora que este el resultado de la acción que de manera consciente y por iniciativa propia realiza el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral (CSJ Rad. 44155 del 26

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

de junio de 2012 y CSJ SL1082-2020); última carga que tampoco demostró el actor, pues su renuncia no tiene ningún tipo de motivación, únicamente se señaló que lo era por motivos estrictamente profesionales (fl.161 del archivo 01). En consecuencia, se considera acertada la absolución frente a este punto por parte del A Quo.

### **Salario Mayo de 2015.**

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

Así las cosas, la Sala debe advertir que obra comprobante de nómina del salario de mayo de 2015, libro auxiliar de nómina y consignación a folios 118, 142 a 146 y 182 del archivo 01, lo que permite establecer el pago de tal salario. En todo caso y, aun cuando no se hubiera acreditado la consignación del pago de este, frente a dicha acreencia operó el fenómeno de la prescripción, pues no obra petición sobre este rubro y se demandó el 20 de junio de 2019 (fl.439 del archivo 01).

Además se destaca que, de tener en cuenta la primera petición que consta en el expediente elevada al empleador atinente, entre otras cosas, a entregar comprobantes de nómina por parte del empleador se arribaría a la misma conclusión, pues esta data del 14 de junio de 2018 (fls. 49 a 53 del archivo 01), esto es, de tres años después de haberse hecho exigible tal acreencia laboral, por lo que, por tal motivo es dable confirmar la absolución por tal concepto.

### **Turnos Laborados por el Trabajador.**

Informa el demandante que prestó turnos entre agosto y diciembre de 2015 en Transportes y Montajes J.B. S.A.S., Unigas, y Weatherford, para lo cual se allega minutas a folios 312 a 363 del archivo 01, archivo 12, de tal prueba no se logra establecer fehacientemente la prestación de servicio en jornada extraordinaria, por demás que no se encuentra suscrito por el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

empleador o por representantes de estos para considerarlo como prueba del tiempo que se depreca; por demás que en los comprobantes de nómina aludidos y en el libro auxiliar de nómina se registra el pago de horas extras, nocturnos, dominicales y festivos, lo que también es visible en la documental de folios 28 a 36 del archivo 15.

Sobre el tópico, se rememora que CSJ Rad. 31637 del 15 de julio de 2008, y CSJ SL3009-2017, ha explicado que las horas extras, dominicales y festivos laborados, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Así las cosas, y como quiera que no se cuenta con pruebas que brinden certeza que los presuntos turnos laborados, así el pago de tiempo suplementario por ellos, no queda otro camino que confirmar en tal aspecto la sentencia.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00435 -02.

Demandante: **OSCAR JAVIER RAMOS ÁLVAREZ.**

Demandado: **PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 01 de febrero de 2023 por parte del Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

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

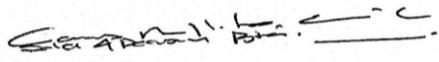
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

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



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 22 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA** adelanta contra **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.**, y la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., así como su traslado posterior a PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. devuelva todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** (fls. 114 a 121 del archivo 01, y archivos 02 y 03) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda y tercera, también impetraron la excepción de compensación.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la actora al R.A.I.S. de fecha 1° de octubre de 2007, por intermedio de COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES.

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

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

**QUINTO: COSTAS EN ESTA INSTANCIA** a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

## **4. Argumentos de la Recurrente.**

**COLPENSIONES** expuso que la afiliación de la demandante es válida, puesto que se cumplen con los requisitos de la normatividad vigente, pues firmó de forma libre y voluntaria el formulario de requisitos; que la actora no podía trasladarse pues no contaba con más de 40 años al 01 de abril de 1994 ni 15 año de servicios; que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado, pues está a menos de diez años de cumplir la edad pensional; y que la acción a incoar es un resarcimiento de perjuicios.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de septiembre de 1978 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible en el expediente administrativo (archivo 02); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 16 de agosto de 2007 (fl.21 del archivo 01).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 21 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de agosto de 2007 con COLFONDOS S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ojeda Villarraga se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de agosto de 2007) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que la demandante asegura que no recibió ningún tipo de información al momento del traslado y, que si bien es asesora comercial de PORVENIR S.A., lo cierto es que sólo conoció características del régimen al momento de su ingreso a trabajar a esta, lo que acaeció en 2011; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 01 de abril de 2011 (fl.59 del archivo 02), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A. de haberle brindado en el año 2007 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien se ordenó que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, gastos de administración, y primas de seguros previsionales, también se debe devolver los valores pagados por concepto de **comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le correspondía a **COLFONDOS S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima **debidamente indexados, comisiones**, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR tal condena.

Igualmente, se **DISPONDRÁ** que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben aparecer discriminados con sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, gastos de administración, y primas de seguros previsionales, los valores pagados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00723-01.

Demandante: **MERCEDES OJEDA VILLARRAGA.**

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

por concepto de **comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**. Igualmente, se **ADICIONA** al aludido numeral, en el sentido de establecer que le corresponde a **COLFONDOS S.A.** restituir las sumas descontadas por comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima **debidamente indexados**.

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

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

**TERCERO.** -. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Diego Roberto Montoya

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Carlos Alberto Cortés Corredor

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que los señores **LUCILA CUELLAR PINTO, RAMÓN DE JESÚS MANISALVA ROZO, POLICARPA SALAVARRIETA NIÑO y PABLO EMILIO UNIVIO DICELIS** promovieron contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE y la RECURRENTE**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de existencia de contratos de trabajo y como consecuencia de ello, el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación como sanción, debidamente indexada, teniendo en cuenta todos los ingresos devengados durante los últimos 12 meses laborados, junto con los intereses legales correspondientes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes **hechos:**

**1)** Fueron contratados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y vinculados mediante contratos de trabajo en condición de trabajadores oficiales; **2)** Los señores Ramón de Jesús Manosalba Rizo y Pablo Emilio Univio Dicelis se desempeñaron como apuntatiempo, y las señoras Lucila Cuellar Puerto y Policarpa Salavarieta Niño como aseadoras; **3)** Laboraron en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, así: i) Ramón de Jesús Manosalba Rizo ingresó el 02 de marzo de 1982 y fue desvinculado el 31 de octubre de 1993, ii) Lucila Cuellar Puerto, ingresó el 14 de octubre de 1983 y fue desvinculada el 31 de diciembre de 1993, iii) Policarpa Salavarieta Niño, ingresó el 06 de octubre de 1981 y fue desvinculada el 30 de noviembre de 1993, y iv) Pablo Emilio Univio Dicelis ingresó el 17 de agosto de 1981 y fue desvinculado el 31 de octubre de 1993; **4)** Fueron contratados, entre otras, para cumplir con el objetivo y actividad de construcción, conservación, sostenimiento y mantenimiento de obras públicas a la que se dedicaba el Ministerio demandado; **5)** Perteneían a la planta de trabajadores oficiales; **6)** No fueron vinculados como empleados públicos, tampoco pertenecían a la carrera administrativa ni estaban inscritos ni escalafonados en la misma, no tenían asignadas funciones de empleados públicos en la planta de personal del Ministerio demandado, no fueron vinculados y contratados laboralmente por medio de ley, decreto, resolución o acto administrativo, no fueron contratados para ocupar y desempeñar funciones de empleados públicos y sus actas de posesión no indican que sus cargos eran de empleados públicos; **7)** Los cargos de apuntatiempo y aseadora, estaban calificados como de trabajador en la Convención Colectiva suscrita entre el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Sindicato de trabajadores oficiales; **8)** La Convención Colectiva suscrita entre el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Sindicato de trabajadores oficiales, se encontraba vigente para la fecha del despido de los demandantes; **9)** Como contraprestación personal de sus servicios, recibían *“un jornal diario, devengado por los días laborados”*; **10)** No recibían asignación básica mensual; **11)** Los cargos desempeñados no eran de dirección, confianza ni manejo; **12)** Durante la vigencia de la relación laboral, los demandantes cumplieron con sus deberes y obligaciones laborales, observando una excelente conducta, sin tener en sus hojas de vida llamados de atención; **13)** Fueron desvinculados por supresión del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

cargo, no fueron despedidos por justa causa, siendo desvinculados del Ministerio demandado por su reestructuración; **14)** Fueron indemnizados; **15)** En la liquidación de prestaciones sociales definitiva, no se les reconoció ni liquidó una pensión vitalicia de jubilación, como sanción; **16)** En el año 2018 solicitaron a la demandada, el reconocimiento y pago de la pensión sanción, así: i) Ramón de Jesús Manosalba Rizo mediante escrito del 18 de diciembre de 2018, ii) Lucila Cuellar Puerto, el 14 de septiembre de 2018, iii) Policarpa Salavarrieta Niño, con escrito del 07 de junio de 2018, y iv) Pablo Emilio Univio Dicelis a través de escrito de fecha 17 de marzo de 2018; **17)** Dichas solicitudes fueron negadas.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificada la pasiva en debida forma, fueron allegadas las siguientes contestaciones.

**LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE** (archivo 01 carpeta 002), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó, en síntesis, que el reconocimiento de la pensión sanción no procede, por cuanto los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no se cumplían, al haber sido subrogada por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, adicionalmente, la norma subrogada exigía además de edad y tiempo de servicio, la terminación sin justa causa del contrato de trabajo, sin embargo, las desvinculaciones de los actores se presentaron debido a la reorganización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la cual se consolidó mediante Decreto 2171 de 1992 y 2094 de 1993, lo que determina la legalidad de la supresión de los cargos desempeñados por los demandantes.

Por su parte la **UGPP**<sup>1</sup> (fls. 591 a archivo 01 carpeta C003), presentó oposición a las pretensiones de la acción y presentó, entre otras, la excepción de mérito de prescripción.

---

<sup>1</sup> Entidad vinculada mediante auto del 25 de septiembre de 2020 (fls. 588 a 589 archivo 01 carpeta C003)

Manifestó, en resumen, que los demandantes no acreditaron el cumplimiento de la totalidad de los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión sanción

### **3. Providencia Recurrída.**

La a quo dictó sentencia en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** que los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación conforme las previsiones del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del momento de su causación, en el siguiente orden:

1. **RAMÓN DE JESÚS MANOSALVA**, a partir del 1° de noviembre de 1993
2. **LUCILA CUELLO PUERTO**, a partir del 1° de enero de 1994
3. **POLICARPA SALAVARRIETA NIÑO**, a partir del 1° de diciembre de 1993
4. **PABLO EMILIO UNIVIO DICELIS**, a partir del 1° de noviembre de 1993

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, a reconocer y pagar a favor de cada uno de los demandantes, la pensión restringida de jubilación conforme las previsiones del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del momento en que la prestación se hizo exigible, y en el valor de la mesada pensional inicial correspondiente:

1. **RAMÓN DE JESÚS MANOSALVA**, la suma de \$644.350, a partir del 26 de marzo de 2015
2. **LUCILA CUELLO PUERTO**, la suma de \$644.350, a partir del 18 de marzo de 2009
3. **POLICARPA SALAVARRIETA NIÑO**, la suma de \$644.350, a partir del 28 de julio de 2015
4. **PABLO EMILIO UNIVIO DICELIS**, la suma de \$696.488, a partir del 11 de abril de 2018

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a pagar el valor del retroactivo pensional si hay lugar a ello, correspondiente a la sumas de las mesadas pensionales en proporción del salario mínimo legal mensual vigente, en 14 mesadas, causadas entre la fecha en que se hizo exigible el derecho y hasta el momento en que sean incluidos los demandantes en nómina de pensionados, en el evento en que Colpensiones no haya reconocido la pensión de vejez, por lo que si hay lugar al pago de un mayor valor, únicamente lo será respecto del señor Pablo Emilio Univio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, a reconocer y pagar a favor de cada uno de los demandantes el valor de los intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas desde que se hizo exigible el derecho a ellas, o respecto de las diferencias que surjan entre el mayor valor de la pensión legal restringida respecto del señor Pablo Emilio Univio, en el caso que Colpensiones no haya procedido al reconocimiento pensional.

**QUINTO: AUTORIZAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, para que del valor retroactivo pensional, si hay lugar a ello, realice los correspondientes descuentos a que haya lugar, con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, por medio de la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado cada uno de los demandantes.

**SEXTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, y **NO PROBADAS** las demás.

**SEPTIMO: ABSOLVER** al Ministerio de Transporte de las pretensiones de la demanda.

**OCTAVO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de la UGPP.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló, en primer lugar, que la normatividad que debe tenerse en cuenta para resolver las pretensiones, es la vigente al momento del retiro del trabajador o del despido sin justa causa, como se ha señalado en sentencias como la SL 12962 del 2017, por lo que, en este caso el derecho pensional solicitado debe estudiarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

Manifestó que, fue demostrado que los demandantes estuvieron vinculados al servicio del Ministerio de Obras Públicas en calidad de trabajadores oficiales y que su desvinculación lo fue sin justa causa, que cumplieron los requisitos señalados en la norma en cita, por lo que nada obsta para que les sea reconocida la pensión restringida de jubilación, advirtiendo que el momento de su causación corresponde al de la desvinculación, siendo el cumplimiento de la edad y requisito de mera exigibilidad del derecho, precisando que, en el caso del señor Pablo Emilio Univio Dicelis, la demandada deberá pagar únicamente las diferencias o mayor valor que se cause entre la pensión restringida de jubilación y la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

reconocida por Colpensiones, atendiendo el carácter de compartida que tiene.

Expuso que, atendiendo la fecha de presentación de las reclamaciones administrativas, operó el fenómeno prescriptivo de forma diferente para cada uno de los demandantes a excepción del señor Univio Celis, frente a quien no operó tal fenómeno; en lo que respecta a la entidad obligada al reconocimiento de la pensión, indicó que lo es la UGPP, conforme lo ordenado en el Decreto 2281 del 2019, específicamente en su artículo 2.2.10.43.1, donde se señaló que, a más tardar el 18 de diciembre del 2019 dicha entidad asumiría la función pensional y la administración de la nómina de pensionados del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y solamente respecto de quienes cuyos derechos ya se encuentren reconocidos continuará siendo responsable el Ministerio de Transporte.

Frente a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, recordó que los mismos resultan aplicables a todo tipo de pensiones legales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema general de Pensiones, tal y como lo ha establecido, entre otras, la sentencia SL 1666 del 2022 y autorizó a la UGPP a descontar los valores a que haya lugar con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de las EPS a las que se encuentren afiliados los demandantes.

#### **4. Argumentos del recurrente.**

La **UGPP**, manifestó que ninguno de los demandantes logró demostrar el cumplimiento de los requisitos señalados en el Decreto 1848 de 1969 ni de la Ley 171 de 1961 o de la Ley 100 de 1993, ya que no demostraron la edad para causar su derecho pensional, tampoco el despido sin justa causa, ni la no afiliación al sistema pensional, además, tampoco se logró desvirtuar que la entidad hubiera obrado de manera incorrecta al negar el reconocimiento pensional pretendido por cada uno de los demandantes, con lo que no resulta viable ordenar de forma accesoria a la UGPP que reconozca y pague dineros, toda vez que no hay lugar al reconocimiento de la pensión sanción.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

Indicó que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 surgen por el no pago oportuno de las pensiones que tienen fundamento legal y que se rigen por esa norma y como quiera que la pensión aquí estudiada no tiene origen en la citada Ley y tampoco fue causada con posterioridad al 01 de abril de 1994, no es viable acceder al pago de los mismos.

Solicitó que, en caso de que no se acojan sus argumentos, se verifique la forma de liquidar la pensión, así como la prescripción alegada por esa entidad, y se garantice de esta forma la sostenibilidad financiera del sistema que administra la UGPP, teniendo en cuenta que la justicia debe ser garante de esos recursos, reiterando que no es viable acceder al reconocimiento pensional, ya que la normatividad que se estudió perdió vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y por la UGPP.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Cumplen los demandantes con los requisitos para acceder a la pensión de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961? Y de ser ello

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

positivo, ¿hay lugar al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993? Y, finalmente, ¿se presenta el fenómeno prescriptivo?

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

### **Pensión sanción.**

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961 establece que el trabajador que sea despedido sin justa causa después de 10 años de servicios y menos de 15, tendrá derecho a la pensión; que ésta se paga cuando el trabajador cumpla los 60 años de edad, o cuando acredite 50 años, siempre y cuando hubiere laborado más de 15 años de servicios; que si el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión a partir de los 60 años, siempre y cuando tenga más de 15 años de servicios; que la cuantía es directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del C.S.T.; y que se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

La norma en comento expresamente establece:

**“ARTÍCULO 8°.**\_ El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

**PARÁGRAFO.** \_ Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial”.

Frente al cumplimiento de la edad exigida en dicha norma, debe recordarse que ello se torna simplemente en un requisito de *exigibilidad* del derecho, tal como lo subrayó la *A quo*, y ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la CSJ SL13284-2014, CSJ SL6446-2015, CSJ SL019-2022, por mencionar algunas; en esta última se dijo:

“En ese orden, debe memorarse que esta Sala de la Corte, en innumerables providencias ha indicado que, cuando se trata de determinar el acceso a una pensión, la regla general es que, la norma aplicable es la vigente al momento en que se causa el derecho; y en el evento de las pensiones restringidas de jubilación por retiro voluntario, las mismas se consolidan cuando se acrediten los requisitos concernientes al tiempo de servicios y el retiro, en tanto el arribo a la edad solo constituye una condición que permite su exigibilidad (Ver sentencia CSJ SL12422-2017)”.

Por otra parte, se destaca que según lo expuesto por la mentada Corporación, las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, bien sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que asumió el I.S.S. conforme a la Ley 90 de 1946, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador, de modo que puede estructurarse hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Lo dicho, por la potísima razón de que la prestación restringida de jubilación contiene un carácter subjetivo, el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores y que sanciona al empleador que los despide, luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que resulta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

claro que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez, y así fue recientemente reiterado y precisado en sentencia CSJ SL4374-2020 reiterada en la CSJ SL5268-2021, en las que se señaló:

“Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras razones porque esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.

(...) Paralelamente, es oportuno recordar que la causación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961”.

Así las cosas, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 determinó tres requisitos para acceder a la pensión sanción allí establecida, así:

1. Que el trabajador oficial fuere despedido sin justa causa,
2. Haber laborado para la empresa, sus sucursales o subsidiarias más de 10 años, y
3. Cumplir 60 o 50 años de edad, dependiendo del tiempo laborado.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que los demandantes cumplen con los requisitos de la norma trasunta para acceder a la prestación deprecada, así:

- 1. Ramón de Jesús Manosalva Rizo**, quien conforme certificación expedida el 30 de agosto de 2017 por la Subdirectora de Talento Humano del Ministerio demandado (fl. 84 archivo “Hoja de vida ramonManosalva P3.pdf” sub carpeta Juzgado laboral – hojas de vida carpeta 02), prestó sus servicios en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 02 de marzo de 1982 hasta el 31 de octubre de 1993, en calidad de trabajador oficial en el cargo de Apuntatiempo IV<sup>2</sup>, esto es, por un periodo correspondiente a 11 años, 7 meses y 29 días y fue desvinculado del mentado Ministerio por supresión del cargo mediante Resolución No. 14997 del 26 de octubre de 1993 (fls. 80 a

---

<sup>2</sup> Misma información que se indica en la documental de folios 30, 46, 57, 63, 72, 75 del mismo archivo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

83 archivo “Hoja de vida Ramon Manosalva P2.pdf” sub carpeta Juzgado laboral – hojas de vida carpeta 02) a partir del 01 de noviembre de 1993;

- 2. Lucila Cuellar Puerto**, quien, conforme certificación expedida el 16 de abril del 2018 por la Coordinadora del Grupo Administración de Personal del Ministerio de Transporte (fl. 68 archivo 01 y archivo “Certificado tiempo servicios y cargo-1 Folio-Lucila Cuellar Prieto-.docx” sub carpeta demandas y anexos carpeta 02), prestó sus servicios en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 14 de octubre de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1993, desempeñando el cargo de aseadora<sup>3</sup>, esto es por un periodo de 10 años, 2 meses y 17 días y fue desvinculada de esa entidad por supresión del cargo y mediante Resolución No. 17942 del 07 de diciembre de 1993, fue retirada del servicio a partir del 01 de enero de 1994<sup>4</sup> (fl. 127 a 130 archivo 03 carpeta C002);
- 3. Policarpa Salavarieta Niño**, quien prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte del 06 de octubre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1993, desempeñando el cargo de aseadora (fl. 480 archivo 03 carpeta C002), esto es por un término de 12 años, 1 mes y 24 días y fue desvinculada de esa entidad por supresión del cargo y mediante Resolución No. 15909 del 09 de noviembre de 1993, fue retirada del servicio a partir del 01 de diciembre de 1993<sup>5</sup> (fls. 93 a 95 archivo 01 y fls. 38 a 40 archivo “Hoja de vida Lucyla Cuellar PuertoP3.pdf” sub carpeta Juzgado laboral – hojas de vida carpeta 02)
- 4. Pablo Emilio Univio Dicelis**, quien prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte del 17 de agosto de 1981 al 31 de octubre de 1993, conforme certificación allegada a folio 164 del archivo 03 de la carpeta C002 del expediente digital, como apuntatiempo grado III<sup>6</sup>, esto es por un periodo de 12 años, 2 meses y 14 días, siendo desvinculado mediante Resolución No. 15025 del 26 de octubre de 1993 y retirado del servicio a partir del 01 de noviembre de 1993 (fl. 167 archivo 03 carpeta C002).

---

<sup>3</sup> Misma información que se indica en la documental de folios 86, 97, 119 y 128 del archivo 03 carpeta C002.

<sup>4</sup> Conforme oficio No. MT 20183420390031 del 25-09-2018 expedido por el Ministerio de Transporte.

<sup>5</sup> Conforme oficio No. MT 2018342039921 del 20-06-2018 expedido por el Ministerio de Transporte.

<sup>6</sup> Misma información que se indica en la documental de folios 165, 167, 170, 172, 183, 276 y 278 del archivo 03 carpeta C002.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

Conforme lo antes expuesto, se tiene que todos los demandantes laboraron como trabajadores oficiales al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por más de 10 años y en ningún caso se demostró que su despido hubiere obedecido a una justa causa, siendo pertinente recordar que, como ha sido señalado por pacífica y basta jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad laboral, corresponde al empleador o demandado, la carga de demostrar que, para terminar la relación de trabajo, se amparó en una justa causa, lo que, en este caso brilla por su ausencia, con lo que, contrario a lo reseñado por la UGPP en su recurso, se evidencia que los actores cumplen con los requisitos del pluricitado artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para ser acreedores de la pensión sanción que allí se consagra.

En lo que respecta al cumplimiento de la edad, se tiene que los demandantes cumplieron la misma, así:

- 1. Ramón de Jesús Manosalva Rizo**, quien conforme copia de la cédula de ciudadanía (sub carpeta demandas y anexos carpeta 02 de la C003) nació el 26 de marzo de 1955, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes del año 2015;
- 2. Lucila Cuellar Puerto**, quien, conforme copia del documento de identidad nació el 18 de marzo de 1949 (sub carpeta demandas y anexos carpeta 02 de la C003), cumpliendo 60 años el mismo día y mes del año 2009;
- 3. Policarpa Salavarieta Niño**, quien nació el 28 de julio de 1955 conforme copia de su cédula de ciudadanía (sub carpeta demandas y anexos carpeta 02 de la C003), habiendo así cumplido la edad de 60 años el mismo día y mes del año 2015;
- 4. Pablo Emilio Univio Dicelis**, quien nació el 11 de abril de 1958 (sub carpeta demandas y anexos carpeta 02 de la C003), cumpliendo así 60 años el mismo día y mes del año 2018.

Así las cosas, a los accionantes les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción contemplada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, la cual resulta exigible a partir del: i) 26 de marzo del 2015 para **Ramón de Jesús Manosalva Rizo**, ii) 18 de marzo del 2009 para **Lucila**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

**Cuellar Puerto**, iii) 28 de julio del 2015 para **Policarpa Salavarrieta Niño**, y iv) 11 de abril del 2018 para **Pablo Emilio Univio Dicelis**, tal y como fuera reseñado por la *a quo*.

### **Monto de la pensión.**

Dicho lo anterior, se procederá a calcular el monto de la prestación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso primero de la pluricitada norma, el cual indica que la cuantía de la pensión restringida de jubilación, es directamente proporcional a la que le hubiera correspondido en caso de que reuniera los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sector oficial, Ley 33 de 1985, tal y como se ha dicho entre otras en la sentencia del 20 de junio de 2006, Rad. 26274, reiterada en la sentencia del 23 de octubre de 2012, Rad. 41459, de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que teniendo en cuenta el tiempo laborado por los demandantes, las tasas de reemplazo para liquidar las pensiones restringidas de jubilación que les corresponden, es la siguiente: i) para **Ramón de Jesús Manosalva Rizo**, 44.38%, ii) **Lucila Cuellar Puerto**, 38.86%, iii) **Policarpa Salavarrieta Niño**, 46.86% y iv) **Pablo Emilio Univio Dicelis**, 46.43%.

También, debe considerarse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión sanción, como la que aquí ocupa la atención de la Sala, son los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en concordancia con el parágrafo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 (frente al particular puede consultarse la sentencia CSJ SL 1706-2016 del 27 de enero de 2016, Rad. 61023), esto es:

1. Asignación básica,
2. Gastos de representación,
3. Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación,
4. Dominicales y feriados,
5. Horas extras,
6. Bonificación por servicios prestados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

7. Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En esa misma dirección se pronunció en la sentencia CSJ SL 2427-2016 del 17 de febrero de 2016, Rad. 52399 en la que expresó:

“el IBL de la pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago.2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015”.

Posición que fue reiterada en sentencia del 01 de marzo de 2017, SL4222-2017, Rad. 44643.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las certificaciones de factores salariales devengados por los demandantes durante el último año de servicios, expedidas por la accionada (fls. 65 y 71 archivo 01 carpeta C001 y fls. 69 y 262 archivo 03 carpeta C002), efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se encuentra que el valor del I.B.L de cada uno de los demandantes, es:

**Ramón de Jesús Manosalva Rizo:** IBL de \$153.470,25

AÑOS	FACTORES SALARIALES (Salario)
Noviembre 1992	\$ 129.090,00
Diciembre 1992	\$ 133.393,00
Enero 1993	\$ 165.385,00
Febrero 1993	\$ 149.380,00
Marzo 1993	\$ 165.385,00
Abril 1993	\$ 117.370,00
Mayo 1993	\$ 165.385,00
Junio 1993	\$ 160.050,00
Julio 1993	\$ 165.385,00
Agosto 1993	\$ 165.385,00
Septiembre 1993	\$ 160.050,00
Octubre 1993	\$ 165.385,00
<b>PROMEDIO</b>	<b>\$ 153.470,25</b>

De modo que su primera mesada pensional equivaldría a **\$462.467,56**, según los siguientes cálculos:

Salario	IPC inicial/93	IPC final/15	factor indexación	IBL
\$ 153.470,25	12,14	82,47	6,79	\$ 1.042.063,00
			<b>Tasa reemplazo</b>	44,38%

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

Valor pensión				\$ 462.467,56
---------------	--	--	--	---------------

**Lucila Cuellar Puerto:** IBL de \$120.571,67

AÑOS	FACTORES SALARIALES (Salario)
Enero 1993	\$ 122.884,00
Febrero 1993	\$ 110.992,00
Marzo 1993	\$ 122.884,00
Abril 1993	\$ 118.920,00
Mayo 1993	\$ 122.884,00
Junio 1993	\$ 118.920,00
Julio 1993	\$ 122.884,00
Agosto 1993	\$ 122.884,00
Septiembre 1993	\$ 118.920,00
Octubre 1993	\$ 122.884,00
Noviembre 1993	\$ 118.920,00
Diciembre 1993	\$ 122.884,00
<b>PROMEDIO</b>	<b>\$ 120.571,67</b>

Por lo que su mesada pensional equivaldría a la suma de **\$269.411,37**, así:

Salario	IPC inicial/93	IPC final/09	factor indexación	IBL
\$ 120.571,67	12,14	69,80	5,75	\$ 693.287,10
			<b>Tasa reemplazo</b>	38.86%
<b>Valor pensión</b>				<b>\$ 269.411,37</b>

**Policarpa Salavarieta Niño:** IBL de \$115.947,58

AÑOS	FACTORES SALARIALES (Salario)
Diciembre 1992	\$ 99.107,00
Enero 1993	\$ 122.884,00
Febrero 1993	\$ 110.992,00
Marzo 1993	\$ 122.884,00
Abril 1993	\$ 87.208,00
Mayo 1993	\$ 122.884,00
Junio 1993	\$ 118.920,00
Julio 1993	\$ 122.884,00
Agosto 1993	\$ 122.884,00
Septiembre 1993	\$ 118.920,00
Octubre 1993	\$ 122.884,00
Noviembre 1993	\$ 118.920,00
<b>PROMEDIO</b>	<b>\$ 115.947,58</b>

Siendo entonces su primera mesada pensional la suma de **\$368.921,29**, conforme los siguientes cálculos:

Salario	IPC inicial/93	IPC final/15	factor indexación	IBL
\$ 115.947,58	12,14	82,47	6,79	\$ 787.284,01
			<b>Tasa reemplazo</b>	46,86%
<b>Valor pensión</b>				<b>\$ 368.921,29</b>

**Pablo Emilio Univio Dicelis:** IBL de \$151.283,75

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

AÑOS	FACTORES SALARIALES (Salario)
Noviembre 1992	\$ 124.350,00
Diciembre 1992	\$ 128.495,00
Enero 1993	\$ 159.340,00
Febrero 1993	\$ 143.920,00
Marzo 1993	\$ 159.340,00
Abril 1993	\$ 154.200,00
Mayo 1993	\$ 159.340,00
Junio 1993	\$ 154.200,00
Julio 1993	\$ 159.340,00
Agosto 1993	\$ 159.340,00
Septiembre 1993	\$ 154.200,00
Octubre 1993	\$ 159.340,00
<b>PROMEDIO</b>	<b>\$ 151.283,75</b>

Con lo que su primera mesada pensional corresponde a la suma de **\$560.523,54**, atendiendo los siguientes cálculos:

Salario	IPC inicial/93	IPC final/18	factor indexación	IBL
\$ 151.283,75	12,14	96,92	7,98	\$ 1.207.244,33
			<b>Tasa reemplazo</b>	46,43%
<b>Valor pensión</b>				<b>\$ 560.523,54</b>

Así las cosas, razón le asiste a la *a quo* al condenar al pago de las mesadas pensionales de los actores en la suma correspondiente al salario mínimo de los años en los que la prestación se hizo exigible para cada uno de ellos, como arriba se indicó.

### **Mesadas adicionales.**

En este caso, resulta procedente el pago de la prestación sobre catorce mesadas anuales (al punto consúltese la providencia CSJ SL5268-2021), como quiera que la prestación se causó antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 (julio de 2005), norma que suprimió tal beneficio, pues recuérdese que las obligaciones nacieron para el año 1993, año en el que las vinculaciones de los demandantes con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte finalizaron; se itera que para los efectos de la pensión reconocida, la edad es sólo un requisito de exigibilidad, y no de causación (CSJ SL13284-2014, CSJ SL6446-2015, CSJ SL019-2022).

### **Intereses moratorios.**

Frente al particular debe señalar esta Sala que acertada resulta la decisión de primera instancia, como quiera que desde la sentencia CSJ SL 1681 del 2020 Rad. 75127, la Sala de Casación Laboral del máximo órgano

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

de cierre de esta jurisdicción, abandonó el criterio que venía sosteniendo de vieja data, referente a que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solamente procedían frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones.

Al punto, en dicha providencia (CSJ SL 1681 del 2020 Rad. 75127) se expuso:

“El pago puntual de la pensión es un derecho que cuenta con sustento constitucional. Al respecto, el artículo 53 de la Carta Política enuncia dentro de los principios mínimos de la legislación social *«el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales»*.

La pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales. Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial en dos direcciones: primero, obliga al Estado y a las entidades de previsión, a reconocer y cancelar puntualmente la pensión, sin dilaciones o retardos injustificados; y, segundo, obliga a las entidades de seguridad social a reajustar las pensiones según el aumento en el costo de vida y la inflación.

El mandato constitucional de garantizar *«el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las **pensiones legales**»*, no distingue entre los diferentes tipos de pensiones legales. En consecuencia, tanto un pensionado con base en las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como Radicación n.º 75127 SCLAJPT-10 V.00 10 uno que lo fue en virtud del régimen de transición, tiene el poder jurídico de reclamar los intereses moratorios por el pago impuntual de su mesada pensional a la entidad que se atrase en su cancelación.

Aunque existen notables diferencias normativas en los tipos prestacionales (L. 33 de 1985, L. 71 de 1988, A. 049 de 1990, art. 33 de la L. 100 de 1993, entre otras), ello no significa que solo los pensionados de un régimen legal específico sufran los perjuicios derivados de la mora en el pago de las mesadas, mientras que otros no. Para todos ellos, la pensión representa su fuente de subsistencia y, desde este punto de vista, deben contar con un mecanismo legal que permita la reparación de los perjuicios ocasionados por el retardo en el pago de las mismas.

(...)

Al analizar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en sentencia C-601-2000, la Corte Constitucional sostuvo que el citado precepto no creaba privilegios entre grupos de pensionados que han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos, pues *«la correcta interpretación de la norma demandada indica que a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

*condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente».*

La anterior reflexión la comparte esta Corporación, dado que, desde el prisma de la igualdad de trato legal, no existe una justificación objetiva y razonable para dispensar un trato favorable a unos pensionados en detrimento de otros que se encuentran en las mismas circunstancias de hecho: la mora en el pago de su mesada pensional. Por consiguiente, la fórmula adecuada para reparar el perjuicio causado por el retardo en la satisfacción de las pensiones legales debe ser el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.”

Así las cosas, no es de recibo el argumento presentado por la apelante referente a que los intereses moratorios no tienen cabida al no ser la pensión aquí pretendida, reconocida bajo los parámetros de una norma distinta a la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020); sin embargo, en el caso bajo estudio no se presentó ninguna de las excepciones señaladas por la Corte, con lo que acertada resulta la decisión proferida por la *a quo* frente al particular.

### **Compartibilidad.**

Siguiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se hace necesario recordar que en sentencias CSJ SL13032-2015, CSJ SL13757-2017, y CSJ SL019-2022, por mencionar algunas, se ha dispuesto que la pensión sanción prevista en el artículo 8°

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

de la Ley 171 de 1961, tratándose de trabajadores afiliados al I.S.S. estuvo a cargo exclusivo de los empleadores hasta cuando entró a regir el Acuerdo 029 de 1985, por lo que a partir de la vigencia de tal norma, 17 de octubre de 1985, las pensiones proporcionales de jubilación son objeto de compartibilidad, a menos que se pacte por parte del trabajador y el empleador situación contraria mediante convención colectiva de trabajo, laudo arbitral, etc.

En ese orden de ideas, conviene precisar que, en caso de que Colpensiones hubiere o llegare a reconocer una pensión de vejez a los actores se producirá su compartibilidad, de modo que, el ente de seguridad social asumirá el valor de dicha prestación y la UGPP apenas continuará pagando a los demandantes, el mayor valor entre la pensión restringida de jubilación y la de vejez, si lo hubiere.

### **Prescripción.**

Como quiera que la pensión se causó a partir de que los accionantes cumplieron la edad de 60 años y que presentaron solicitudes ante el Ministerio de Transporte, ha de verificarse si operó o no el fenómeno prescriptivo contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Para el caso de **Ramón Jesús Manosalva Rizo**, cumplió 60 años el 26 de marzo del 2015, presentó reclamación el 18 de diciembre de 2018 (fls. 79 a 81 del archivo 01 carpeta C001), con lo que prescribieron las mesadas pensionales causadas con anterioridad al mismo día y mes del año 2015; para **Lucila Cuellar Puerto**, la reclamación fue presentada el 14 de septiembre de 2018 (fls. 84 a 86 del archivo 01 carpeta C001) y cumplió los 60 años el 18 de marzo del 2009, encontrándose prescritas las mesadas causadas antes del 14 de septiembre de 2015; la señora **Policarpa Salavarieta Niño**, cumplió 60 años el 28 de julio del 2015 y la reclamación la presentó el 07 de junio del 2018 (fls. 90 a 92 del archivo 01 carpeta C001), con lo que para ella no operó el fenómeno prescriptivo; y para el señor **Pablo Emilio Univio Dicelis**, quien cumplió 60 años el 11 de abril del 2018 y presentó su reclamación el 17 de abril del mismo año (fls. 96 a 98 del archivo 01 carpeta C001), tampoco operó la prescripción.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

En consecuencia, se MODIFICARÁ el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada para aclarar que la excepción de prescripción se declarará probada parcialmente, pero en los términos aquí expuestos y en lo demás se CONFIRMARÁ.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

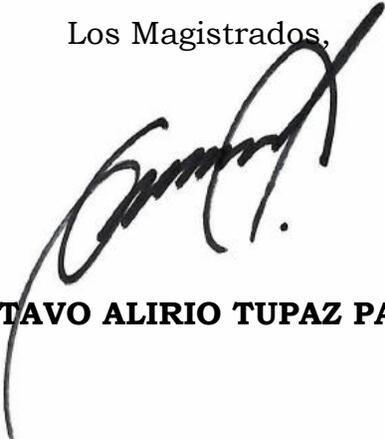
**PRIMERO.** – **MODIFICAR** el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada para aclarar que la excepción de prescripción se declarará probada parcialmente, pero en los términos aquí expuestos

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,

  
**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00036 02.

Demandante: **LUCILA CUELLAR PINTO Y OTROS.**

Demandado: **LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRA.**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 09 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE** promovió contra **PROTECCIÓN S.A. y LAS RECURRENTES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare nulo e ineficaz el traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene la AFP demandada a trasladar a Colpensiones el dinero recibido como consecuencia de su afiliación, incluyendo aportes, bonos pensionales, rendimientos, valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima o

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

cualquier otro concepto, sin deducción alguna por gastos de administración; y a esta última a tenerla como válidamente afiliada sin solución de continuidad y a actualizar su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (archivos 11, 12 y 13), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 14), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Finalmente, atendiendo la vinculación que se hiciera mediante auto del 08 de octubre del 2021<sup>1</sup>, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (archivo 16), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó las excepciones de buena fe y la genérica.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO.** DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.** ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES;

---

<sup>1</sup> Archivo 15 expediente digital.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

**TERCERO.** DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

**CUARTO.** ABSOLVER a LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente proceso.

**QUINTO.** COSTAS. Serán a cargo de Protección S.A., tásense las agencias en derecho en un (01) SMLMV.

**SEXTO.** Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

#### **4. Argumentos de las recurrentes.**

**COLPENSIONES**, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que en la actualidad cuenta con 64 años de edad.

Manifestó que esa entidad nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP demandada, por cuanto no existió injerencia alguna por parte de Colpensiones para que la actora tomara la decisión de trasladarse al RAIS, además que no se acercó a las instalaciones de Colpensiones a confirmar la información suministrada por el asesor de Protección S.A., reiterando su voluntad de permanencia en este fondo.

Expuso que, la declaratoria “injustificada” de la ineficacia del traslado de un afiliado del RAIS al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y lo descapitalizaría, por lo que debe tenerse en cuenta lo señalado en las sentencias de la Corte Constitucional C -1024 del 2004, SU- 062 de 2010 y SU- 130 de 2013, donde se dice que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados al RPM; y que, si bien es cierto la decisión apelada no impone una condena directa a Colpensiones, sino una obligación de hacer, a futuro,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

tal decisión conlleva implícito el reconocimiento de la prestación a favor de la demandante por parte de Colpensiones, lo que perjudicaría sus intereses.

Finalmente, en caso de que se confirme la sentencia apelada, solicitó condicionar su cumplimiento a la devolución de la totalidad de los dineros ordenados por parte de Protección S.A., ya que esa entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice la información de la demandante en las bases de datos, así mismo, solicitó no condenarla en costas, reiterando que esta administradora no participó en el acto que se presume ineficaz y nulo, siendo un tercero de buena fe al que se le causa un daño injustificado por el contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

Por su parte, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, solicitó se revoque la decisión de trasladar los recursos correspondientes al bono pensional a Colpensiones, para ello, expuso que, si bien es cierto el bono pensional hace parte de los recursos que pueden hacer parte de los recursos de la demandante, estos no pueden ser trasladados en este momento a Colpensiones pues, hasta tanto la administradora de pensiones no determine cuál va a ser el beneficio que se le va a otorgar a la accionante, no se podría hacer la devolución o entrega del bono pensional, además que estos valores se tendrían que cubrir con un bono pensional tipo B o T.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las demandadas Colpensiones y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A.? y de ser ello positivo, ¿PROTECCIÓN S.A., debe devolver el bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público?

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 25 de noviembre de 1986 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_2001-20210603094632 carpeta 12), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la extinta AFP COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. el 09 de octubre de 1997 (fls. 23 archivo 03 y 25 archivo 14).

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

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

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo y no como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso.

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 23 del archivo 03 y 25 del archivo 14, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 09 de octubre de 1997 con la A.F.P. COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Casas Andrade se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (09 de octubre de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo señalado por la mentada recurrente, respecto de su no injerencia en el acto de traslado celebrado entre la demandante y la AFP del RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016<sup>2</sup> (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

---

<sup>2</sup> Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».<sup>3</sup>

**3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y la AFP Colmena hoy Protección S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

---

<sup>3</sup> *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

A los argumentos presentados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de la devolución del bono pensional a esta entidad y no a Colpensiones, no se accederá, teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 3984 del 2021 Rad. 78680, en la que se expuso:

**“i) El bono pensional: noción y naturaleza**

El bono pensional constituye un mecanismo de financiamiento previsto en el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, consistente en un título emitido con ocasión de un traslado de régimen pensional, que representa el tiempo de afiliación o de servicios de una persona, con el fin de contribuir a la formación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Sobre esta cuestión, el Consejo de Estado, mediante la sentencia CE SC, 21 abril 2020, radicado 2019-00213-00(C), explicó lo siguiente:

Como lo señaló la Sala en otra oportunidad, el bono pensional es un documento de contenido crediticio que representa, en dinero, el tiempo de afiliación o de servicios de una persona. Se emite en los casos que establece la ley, y se redime cuando el individuo que ha cumplido los requisitos exigidos en la legislación para obtener su pensión de vejez, solicita a la entidad a la cual se encuentra afiliado el reconocimiento y pago de esta prestación o, en su defecto, el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión o la devolución de los aportes efectuados, según el régimen elegido.

Aquel mecanismo de financiación, regulado en el Capítulo I del Título IV de la Ley 100 de 1993, constituye un título endosable «[...] a favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones», según el artículo 116 de dicha ley. De allí, que su expedición tenga como finalidad principal el pago de las prestaciones pensionales en favor del afiliado.

Así lo explica la sentencia CE SC, 21 abril 2020, radicado 2019-00213-00(C) antes citada, en la que el Consejo de Estado señaló:

En efecto, la persona que a partir del 1° de enero de 1993 se traslade de un régimen prestacional a otro, genera a su favor un bono pensional, de manera que si se traslada a una AFP el beneficiario del Bono es la cuenta individual del afiliado en dicha entidad. Si se traslada al ISS (hoy Colpensiones) el bono se expide a favor del Instituto pero por cuenta del afiliado. No debe olvidarse que el bono pensional es una especie de «capital de garantía» que solo se hace exigible cuando el afiliado beneficiario cumple los requisitos para su redención.

El Decreto 1748 de 1995 introdujo nuevas disposiciones relativas a la emisión, cálculo y redención de los bonos pensionales y los categorizó, de acuerdo con las particularidades del traslado de régimen. Así, precisó que los bonos pensionales tipo A son aquellos que «[...] se expiden a aquellas personas que se trasladen al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad».

Estos son emitidos por la última entidad administradora de pensiones a la que hubiera pertenecido el afiliado antes del traslado de régimen, pero también pueden ser emitidos por la Nación, en aplicación del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, «[...] con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha».

Ahora bien, independientemente del emisor que la ley encomiende el deber de emitir el bono pensional, en los eventos en los cuales el afiliado decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cierto es que dicho título se conforma a partir de las cotizaciones efectuadas por el trabajador a lo largo de su vida laboral.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En esa medida, conviene aclarar que quien ostenta la calidad de endosante del bono pensional, según la ley no lo está financiando con su propio patrimonio, sino que está integrando todos los valores correspondientes a los aportes periódicos del trabajador en un título en favor de la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad escogida por el afiliado. En ese sentido, los valores que conforman el bono pensional no constituyen un derecho en cabeza de la entidad emisora, sino que representan las cotizaciones realizadas por el trabajador.

Dicha conclusión puede extraerse de la jurisprudencia de esta Sala, quien ha adocinado que, en los eventos de ineficacia de traslado de régimen, la entidad administradora debe devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación anterior, incluyendo los bonos pensionales.

Al respecto, la sentencia CSJ SL, 8 septiembre 2008, radicación 31989, reiterada por la CSJ SL3058-2019, determinó que:

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

Resulta posible concluir, entonces, que el bono pensional, independientemente de quien sea el llamado a emitirlo en favor de la entidad del Régimen de Ahorro Individual, está conformado por las cotizaciones del trabajador, razón por la cual debe ser entregado a la entidad administradora de pensiones, para que, a través de él, junto a las demás sumas, financie la prestación pensional del afiliado.

En suma, los bonos pensionales constituyen títulos emitidos por las entidades administradoras de pensiones, con la finalidad de financiar las prestaciones pensionales de sus afiliados, en el evento de un traslado de régimen, los cuales están conformados por los aportes periódicos del trabajador efectuados a lo largo de su vida laboral.

(...)

Para resolver esta controversia, vale la pena insistir que los bonos pensionales tienen como finalidad financiar las prestaciones pensionales de los afiliados y se conforman a partir de los aportes periódicos realizados por, y a favor de, el trabajador a lo largo de su vida laboral.

En virtud de lo que se ha dejado sentado hasta aquí, la entidad del Estado llamada a emitir el bono pensional tipo A, sea la Nación o Colpensiones, facilita la transferencia de todos los valores acumulados por el trabajador, sin que sea posible concluir, como lo pretende hacer la entidad recurrente, que esos valores son suyos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En esa dirección, el Ministerio de Hacienda desconoce que los eventos de ineficacia del traslado, más que implicar el desaparecimiento del hecho generador del bono pensional, tienen como consecuencia la devolución al régimen al que el afiliado estaba originalmente, vinculando todos los valores que la administradora de fondos de pensiones hubiera recibido con motivo de la afiliación, dentro de los cuales se encuentran los bonos pensionales.

Ello es así, por cuanto, se reitera, tanto de la finalidad del bono pensional como de las sumas dinerarias que lo constituyen, se desprenden que estos representan sumas que deben integrarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para que Colpensiones pueda reconocer y pagar la pensión de vejez de la cual el afiliado es acreedor.

De allí que, como quiera que el Tribunal declaró la ineficacia del traslado de Gilberto de Jesús Galeano Buitrago del ISS a Porvenir en el año 1997 y ordenó a esta última entregar a Colpensiones todos los valores que recibió con ocasión de la afiliación revocada en sede judicial, en atención a lo que la ley y la jurisprudencia indican, encuentra la Sala que desató la controversia de manera acertada y no cometió los yerros que se le atribuyen.

En síntesis, no hay lugar a ordenar el reintegro de la totalidad del valor del bono pensional al Ministerio de Hacienda, toda vez que éste debía ser entregado a Colpensiones, junto con los demás valores recibidos por Porvenir S.A. por motivo de la vinculación del señor Galeano Buitrago, tal y como resolvió el Tribunal. Lo anterior, sin perjuicio de los trámites administrativos que deban eventualmente surtirse entre el recurrente y Colpensiones, que no son del resorte del recurso extraordinario”.

Por lo antes expuesto, como se indicó en la sentencia en cita, no hay lugar a devolver el bono pensional al Ministerio vinculado, por cuanto el mismo constituye un título que, en últimas, tiene como finalidad la de financiar las prestaciones pensionales de la afiliada, con lo que debe ser devuelto a la entidad que en algún momento reconocerá la prestación pensional que, en este caso sería Colpensiones, atendiendo la declaratoria de ineficacia declarada en sede judicial, por ello, no se accederá a tal pedimento.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, **también deberá devolver los rubros pagados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de la A.F.P Colfondos S.A., a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

Finalmente, y, respecto de las costas frente a las cuales Colpensiones solicitó su absolución, se evidencia que dicha entidad no fue condenada a pago alguno por tal concepto.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, **también deberá devolver los rubros pagados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00282 01.

Demandante: **MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

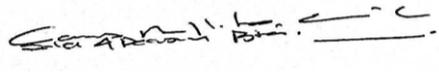
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

## **REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y la recurrente.**

#### **II. ANTECEDENTES**

##### **1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) efectuado a través de Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., efectivo el 01 de noviembre de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones y rendimientos financieros causados, así como el saldo de su cuenta de ahorro individual; y a esta última a recibir los dineros trasladados y registrar en la historia laboral las semanas cotizadas al RAIS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

De manera subsidiaria solicita se condene a las AFP demandadas al reconocimiento y pago de la suma de \$166.295.976 pesos a título de indemnización de perjuicios.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**PROTECCIÓN S.A.** (fls. 115 a 181 archivo 01), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 04 y carpeta 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivos 07 y 11), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

## **3. Providencia Recurrida.**

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado realizado el 16 de septiembre de 1996, por la demandante AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de su afiliación a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA S.A., actualmente SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., y posteriormente respecto a la demandada SOCIEDAD AFP PROTECCIÓN S.A.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**SEGUNDO:** CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, y sin lugar a descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración.

**TERCERO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones analizadas en la parte motiva de la presente providencia.

**CUARTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., con motivo de la afiliación de la demandante AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

**QUINTO:** CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., liquidense por secretaría incluyendo la suma equivalente a un (1) SMLMV, valor en las que se estiman las agencias en derecho.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión remítase en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**COLPENSIONES**, manifestó que, Colpensiones nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP demandadas, por cuanto no existió injerencia alguna por parte de esta entidad para que la demandante tomara la decisión de trasladarse del RPM al RAIS, además, la accionante no se acercó a las instalaciones de Colpensiones para asesorarse respecto de la decisión que había tomado, por lo que no es esta la administradora que debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de afiliación por parte de los fondos privados.

Indicó que para el año 1996 la demandante no se encontraba inmersa dentro de ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, máxime si se tiene en cuenta que era su derecho de escogencia de régimen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993, concluyéndose que Colpensiones es un tercero de buena fe al que no le es imputable las decisiones tomadas por la demandante al momento de trasladarse de régimen.

Expuso que han sido aproximadamente 27 años en los que Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante ni ha cobrado gastos de administración, lo que va en detrimento patrimonial de esta administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso que la actora regrese a Colpensiones, pues la razón para retornar al RPM se basa en el monto de la mesada pensional, no siendo esta una razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado, lo que afectaría la sostenibilidad del sistema financiero del RPM.

Indicó que, si bien el fallo apelado no impone una condena directa en contra de Colpensiones, sino que solo le impone una obligación de hacer, tal decisión conlleva implícito a futuro, el reconocimiento de la prestación, lo que perjudicaría los intereses de esta administradora.

Finalmente, dijo, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de Protección S.A., sin que le sea permitido al fondo privado efectuar descuento alguno.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la extinta A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., así como el posterior realizado a PROTECCIÓN S.A.?

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de junio de 1983 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_1951-20210324081421 carpeta 05), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 10 de septiembre de 1996 (fl. 42 archivo 01 y fl. 34 archivo 07), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 18 de mayo del 2000 (fl. 43 y 129 archivo 01).

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 42 del archivo 01 y 34 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de septiembre de 1996 con la A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Molano Avellaneda se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de septiembre de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de su no injerencia en el acto de traslado celebrado entre la demandante y la AFP del RAIS, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016<sup>1</sup> (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

---

<sup>1</sup> Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».<sup>2</sup>

**3.3.** En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

principio de sostenibilidad financiera, como lo aduce la recurrente, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con lo que se financiará la pensión.

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

Finalmente, respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de las AFP Protección S.A., a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PORVENIR S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**
- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00446 01.

Demandante: **AURA LIGIA MOLANO AVELLANEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia

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

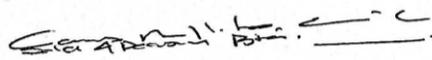
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **CAMPOS ELÍAS GUERRERO CALDERÓN**, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que el **RECURRENTE** adelanta contra **COLPENSIONES**.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por invalidez, a partir del 01 de febrero del 2018, día siguiente a la última cotización

Como consecuencia de ello, depreca el pago del retroactivo correspondiente desde el 01 de febrero de 2018, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, de manera subsidiaria, la indexación de las sumas a pagar.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes **hechos:**

**1)** Nació el 21 de diciembre de 1952; **2)** Cotizó al régimen de prima media con prestación definida un total de 1.028 semanas ante el ISS hoy Colpensiones; **3)** La última cotización realizada corresponde al 31 de enero del 2018; **4)** Cumplió 55 años de edad el 21 de diciembre de 2007; **5)** Mediante dictamen No. DML 5080 del 05 de mayo del 2020, la demandada determinó que presenta una deficiencia del 46.61% y una pérdida de capacidad laboral del 63.51%, de origen común y fecha de estructuración 03 de febrero del 2020; **6)** El 24 de abril del 2021, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por invalidez; **7)** Mediante Resolución SUB 146063 del 23 de junio del 2021, Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por invalidez a partir del 03 de febrero del 2020, en cuantía inicial de \$877.803; **8)** El 02 de julio del 2021 se presentó recurso de apelación en contra de la Resolución SUB 146063, teniendo a obtener el pago de la prestación a partir del día siguiente de la última cotización; **9)** Mediante Resolución DPE 6033 del 04 de agosto del 2021, Colpensiones confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 146063 del 2021.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo 05 carpeta 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó, en síntesis, que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 establece los requisitos para acceder a la pensión de invalidez y que el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece que dicha prestación se comenzará a pagar desde la fecha en que se estructure tal estado y en este caso se calificó al demandante, de acuerdo al Dictamen No. DML 5080 del 2020, con una pérdida de capacidad del 63.51% y una fecha de estructuración de 03 de febrero del 2020, es por ello que la prestación se paga desde la fecha de estructuración de la invalidez.

### **3. Providencia Recurrída.**

La **a quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que no es objeto de reparo la condición de pensionado del demandante, pues mediante Resolución SUB 146063 del 2021, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez por invalidez a partir del 03 de febrero del 2020 en cuantía de \$877.803, teniendo en cuenta que para dicha calenda el actor contaba con 68 años de edad y le había sido determinada una deficiencia del 46.61% y una pérdida de capacidad laboral de 63.51% con fecha de estructuración del 03 de febrero del 2020 conforme al dictamen DML 5080 del 2020, que fuere proferido por Colpensiones.

Manifestó que el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispone que, para acceder a la pensión especial de vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial, además de modificarse los parámetros de edad y semanas, al reducirlos a 55 años y 1.000 semanas, se introdujo un condicionante adicional, que corresponde a contar con una deficiencia física, psíquica o sensorial del 50%, aspecto que ha sido ratificado de forma pacífica por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2421 del 2022 radicado 89069.

Precisó que, con el objeto de calificar, la Corte Constitucional en sentencia T-007 del 2009 y la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1037 de 2021, acogieron una interpretación sistemática e integral del Decreto 917 de 1999, precisando que la deficiencia requerida para conceder la prestación corresponde a un mínimo del 25%, posición ratificada en sentencias SL 2421 del 2022, por ello, o basta con reunir los requisitos de edad y semanas para proceder al reconocimiento de la pensión especial de vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial, pues resulta indispensable la existencia de la deficiencia para que se pueda entender por estructurado el derecho pensional, de tal forma, si se pretende modificar la fecha de exigibilidad del derecho pensional es oportuno acreditar que para la fecha en que se busca el reconocimiento de la pensión efectivamente, el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

demandante ya contaba con la deficiencia mínima que exige la ley y revisadas las pruebas allegadas al plenario, no existe probanza alguna con la que se pueda determinar que para el 01 de febrero del 2018 el promotor de la acción tenía un porcentaje de deficiencia exigido por la jurisprudencia y la ley para considerarse acreedor al derecho pensional, adicionalmente, recordó que el accionante tenía la posibilidad de recurrir el dictamen respecto a la fecha de estructuración o, en su defecto demandarlo, además, precisó que la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que el dictamen de pérdida de capacidad laboral no es una prueba ad substantiam actus, de manera que el demandante podía allegar al plenario cualquier otro medio probatorio que permitiera establecer que la fecha de estructuración era una diferente a la que aparece consignada en el dictamen, lo cual no acaeció.

#### **4. Argumentos del recurrente.**

La parte **demandante**, manifestó que para la pensión especial de vejez por invalidez solamente se requiere el dictamen de calificación para confirmar una deficiencia y la fecha de estructuración no tiene incidencia frente a la misma pues, si bien es cierto, las reglas para reconocer este tipo de prestaciones está sujeta a la pensión de vejez y en este tipo de casos solamente se requeriría una edad mínima de 55 años, 1.000 semanas y una deficiencia del 25% de acuerdo a la ponderación que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 083 del 2020 y en tal sentido el dictamen no es acorde a la pretensión dentro de este proceso.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Desde cuándo debe ser reconocida al demandante la pensión de vejez anticipada prevista en el párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **De la pensión de vejez anticipada prevista en el párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.**

El Sistema General de Pensiones consagra diversas modalidades de pensión de vejez, entre las cuales se encuentra una pensión anticipada de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial, la cual fue establecida en el párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece:

**Artículo 9.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

**PARÁGRAFO 4o.** Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Frente al particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1894 del 2021 Rad. 76469, señaló: *“esta pensión lo que busca es flexibilizar los requisitos de la pensión de vejez para las personas que se encuentran en una situación altamente discapacitante (...)”*

Así las cosas, se tiene que la norma en comentó estableció tres requisitos a cumplir por el afiliado para ser beneficiario de la pensión anticipada de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial, que son: i) padecer una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, ii) tener, por lo menos, 55 años de edad, y iii) haber cotizado en forma continua o discontinua 1.000 o más semanas al régimen de seguridad social.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el demandante nació el 21 de diciembre de 1952<sup>1</sup>, por lo que actualmente cuenta con 70 años de edad, acreditó un total de 1.028 semanas cotizadas al sistema, conforme se indicó en la Resolución SUB 146063 del 23 de junio del 2021<sup>2</sup> y fue calificado por la hoy demandada mediante dictamen DML 5080 del 2020<sup>3</sup>, donde se le determinó una deficiencia del 46.61% y una pérdida de capacidad laboral del 63.51% de origen común y con fecha de estructuración del 03 de febrero del 2020, con lo que, ciertamente cumple con los requisitos exigidos en la norma arriba reseñada para ser acreedor a la pensión anticipada de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial, siendo oportuno precisar que, conforme el criterio decantado en la sentencia CC T-007 del 2009 de la H. Corte Constitucional y en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, CSJ SL 1037 del 2021, CSJ SL 2681 de 2021 y CSJ SL 2421 de 2022, el porcentaje de la deficiencia debe entenderse que corresponde a un mínimo del 25% de esta, atendiendo los cálculos que tales providencias precisan.

---

<sup>1</sup> A decir de la copia del documento de identidad visible a folio 8 del archivo 01 y en el archivo 20131867488GENDDIAF.pdf del expediente administrativo allegado por Colpensiones en la sub carpeta 03 de la carpeta 06

<sup>2</sup> Folios 25 a 34 archivo 01 y archivo GRFAATRP2021482110720210623042643.pdf sub carpeta 03 carpeta 06

<sup>3</sup> Folios 11 a 19 archivo 01 y archivo GRPDPCCCL20191461287220200505040952.pdf sub carpeta 03 carpeta 06.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Ahora bien, el punto de apelación de la activa se centra en la fecha desde la cual debe ser reconocida tal prestación ya que, a su juicio, lo debe ser desde la fecha de la última cotización efectuada, que para el caso del actor es mes de enero del año 2018, a decir de las historias laborales allegadas al plenario, así como de la Resolución SUB 146063 del 2021<sup>4</sup> y no desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral contenida en el dictamen DML 5080 del 2020.

Al punto, es importante destacar que la pensión anticipada de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial exige el cumplimiento de un requisito relacionado con una situación de salud que es el de la deficiencia en un porcentaje del 50%, calculado como lo señalaron las sentencias arriba citadas.

Así las cosas, deben concurrir los tres requisitos establecidos en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para que una persona sea acreedora a esta pensión anticipada de vejez y, en este caso, el actor no demostró que la deficiencia que padece, se hubiera presentado para el 01 de febrero del 2018 y que para tal data la misma fuera de un porcentaje igual o superior al que la norma establece (calculado como lo señalaron las sentencias arriba citadas), pues este requisito de la deficiencia no solo requiere que el afiliado padezca de una, sino que la misma debe ser del 50% o superior, situación que solo se evidencia con el dictamen DML 5080 del 2020 emitido por Colpensiones.

Así las cosas, acertada resulta la decisión tomada por la *a quo* y en tal sentido se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

---

<sup>4</sup> Folios 54 a 58, 25 a 34 archivo 01, archivo 02 carpeta 06 y GRFAATRP2021482110720210623042643.pdf y sub carpeta 03 carpeta 06

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2021 00403 01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS GUERRERO CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

### **V. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** –**CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos.

**SEGUNDO.** –. Sin costas en esta instancia

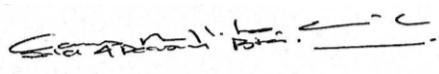
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y E.T.B. S.A. E.S.P.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con E.T.B. S.A. E.S.P. del 26 de enero al 11 de junio de 2015, que SILEC COMUNICACIONES S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, e indemnización moratoria.

Subsidiariamente, solicita que sea declarado como empleador a SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y solidariamente responsable a E.T.B. S.A. E.S.P., así como el pago de los emolumentos antes mencionados.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a laborar al servicio de SILEC COMUNICACIONES S.A.S. el 26 de enero de 2015 como Asesor Comercial, siendo posteriormente ascendido a Coordinador Comercial de Ventas; **2)** Realizaba funciones de hacer pautas para la realización de ventas, supervisar el horario de llegada y salida de los vendedores, reportar a los vendedores que llegaban tarde, supervisar el trabajo de los vendedores, buscar nuevos puntos estratégicos para subir ventas, administrar papelería, certificar que en los predios donde se hacían las ventas tuvieran cobertura, subir las ventas al sistema, coordinar las instalaciones, recoger los contratos diarios de ventas y, radicar los contratos gestionados por los vendedores; **3)** Cumplía su labor de manera personal y cumpliendo horario de trabajo así: lunes a viernes de 11:00 A.M. a 8:00 P.M., sábados de 9:00 A.M. a 4:00 P.M. y, domingos: 9:00 A.M. a 2:00 P.M. (dos domingos al mes); **4)** Recibía órdenes de personal de E.T.B. S.A. E.S.P. y ocasionalmente de SILEC COMUNICACIONES S.A.S.; **5)** Las herramientas instalaciones, y logística de trabajo con las que ejercía su labor eran de E.T.B. S.A. E.S.P., y eventualmente de SILEC COMUNICACIONES S.A.S.; **6)** Devengaba \$1'200.000; **7)** Entre las demandadas existía un contrato comercial en el que SILEC COMUNICACIONES S.A.S se comprometió a manejar los usuarios de E.T.B. S.A. E.S.P.; **8)** Con SILEC COMUNICACIONES S.A.S. tenía un contrato de corretaje; y **9)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende.

## **2. Actuación Procesal en Primera Instancia.**

### **2.1. Respuesta a la Demanda.**

**SILEC COMUNICACIONES S.A.S.** (fls. 109 a 121 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó entre las partes existió un contrato de corretaje.

Adujo que debido a la oferta suscitada en la industria de las comunicaciones y como agente comercial de la E.T.B. S.A. E.S.P., contrató mediante contrato comercial de corretaje, promoción y venta de productos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

de telecomunicaciones, personal independiente para la ejecución y expansión de los productos y servicios de comunicaciones; que esta relación es de índole comercial y civil, no laboral, ya que, se ejercía una actividad totalmente independiente, sin que mediara subordinación ni el pago de salarios; y que nunca recibió órdenes ni cumplía un horario.

Por su parte, **E.T.B. S.A. E.S.P.** (fls. 265 a 279 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de corretaje entre el actor y SILEC COMUNICACIONES S.A.S.

Manifestó que dentro del contrato celebrado con SILEC COMUNICACIONES S.A.S. se dejó constancia que este no constituía vínculo laboral con E.T.B. ni con el personal que se ocupara para el cumplimiento del mismo; que la labor que prestaba SILEC COMUNICACIONES S.A.S. se ejecutaba de forma independiente; que las labores del agente no son propias de su objeto social, pues la función de este no se limita a cerrar o facilitar el cierre de una o varias ventas, sino que abre mercados, los mantiene, los amplía, los recupera, requiriendo para ello vincular fuerza de trabajo por su cuenta y riesgo; y que nunca ejerció actos de subordinación sobre el demandante.

## **2.2. Llamamiento en Garantía.**

Las demandadas llamaron en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de compensación (fls. 200 a 214 del archivo 01).

Explicó que SILEC COMUNICACIONES S.A.S. no está legitimada en la causa por activa para vincular a SEGUROS DEL ESTADO S.A., pues la póliza de cumplimiento particular No. 14-45- 101031358 garantiza al asegurado E.T.B. S.A. E.S.P. contra el riesgo de incumplimiento en el pago

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

de las obligaciones laborales a cargo del contratista; que la vinculación del demandante se originó por la suscripción de un contrato de prestación de servicios, no obstante, la póliza sólo brindaba cobertura de manera exclusiva, a los trabajadores que fueron vinculados para el desarrollo del contrato de agencia comercial No.48000014394, cuyo objeto es referente a "*promover la comercialización de los productos y servicios*"; y que la actividad que desarrollaba el actor no era propia del objeto social de E.T.B. S.A. E.S.P. para considerar que es dable deprecar solidaridad.

### **3. Providencia Recurrída.**

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló luego de hacer referencia a las pruebas recolectadas en el proceso, que el demandante prestó sus servicios como corredor a través de contrato de corretaje a fin de ofrecer productos de la E.T.B. sin acreditarse ningún tipo de subordinación; y que dicho contrato se dio por la experticia del trabajador, por demás que los testigos que fueron vinculados en las mismas condiciones que este señalaron que tenían un contrato de corretaje y que su pago era por comisión.

### **4. Argumentos de la Recurrente.**

La **parte actora** adujo que no se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T., pues con los testimonios se dio cuenta de la prestación del servicio del actor; que el demandante desplegó actividades a cargo de la E.T.B. como asesor y coordinador, según dichos testigos, así como de la señora Andrea Ripe; que no obra contrato de corretaje alguno debidamente suscrito por el demandante; que se acreditó supervisión por parte de Andrea Ripe- funcionaria de SILEC-, que debían capacitarse, no se prestaba servicios para otros empleadores, cumplimiento de horarios, la posibilidad de ser sancionados con sanciones pecuniarios, la zona donde se dispuso la prestación de su servicio, y suministro de herramientas y materiales; que los testigos de la demandada hicieron alusión a un back office que para la época no se ejecutaba; que aunado a lo anterior se acreditó subordinación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

a través de la supervisión aludida y el cumplimiento de horarios, lo que permite establecer que no contaban con autonomía financiera; que aun cuando se habla del pago por comisión, se anuncia un salario de \$1'200.000; y que hay mala fe del empleador al no pagar prestaciones sociales, disfrazar la relación laboral, siendo procedente la sanción moratoria.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, SILEC COMUNICACIONES S.A.S., y E.T.B. S.A. E.S.P. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable en virtud del principio de la primacía de la realidad considerar que entre las partes existió un contrato de trabajo?

#### **Tesis**

Revocar la decisión de primer grado.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

### **Del Contrato de Trabajo. Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.**

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Ahora, resulta pertinente resaltar las reglas contenidas en la sentencia CSJ SC Rad. 11001-3103-013-2001-00900-01 del 09 febrero de 2011 citada en las sentencias CSJ SL4632-2020 y CSJ SL2782-2021, en donde se dejó claro que *“el corredor facilita la complementación de las economías de los contratantes, porque su conocimiento le permite saber de*

*las necesidades comunes y esa es, precisamente, la importancia de su gestión en el desarrollo del negocio” y, una vez despliega su actividad de acercamiento, el acuerdo de voluntades depende de las expectativas y deseos de los contratantes; al corredor no se le pueden cargar obligaciones ajenas al contrato, “como la de mantenerse en vigilia para la realización efectiva del mismo [...] por lo que se descarta que deba alimentar con denuedo el proceso de convicción de los contratantes sobre las bondades de la celebración del acto”, pues, como simple mediador limita su intervención a poner en contacto a los contratantes, a las tareas preparatorias, comunicando las ofertas y contraofertas, allanando las diferencias entre ellos, “de tal suerte que al llegar los contratantes a un acuerdo sobre las condiciones del negocio, el corredor desaparece de las escenas, quedando al cuidado de las partes el perfeccionamiento del respectivo contrato en el cual no interviene ya aquel”.*

También menciona que, *“el agente intermediario ha merecido el nombre de corredor porque va y viene entre los contratantes en su tarea propia de lograr acercarlos para la celebración del negocio. El corredor puede recorrer estos pasos: a) buscar a la persona interesada en negociar con el comitente dentro de las condiciones y propósitos contractuales de éste; b) comunicar a la parte interesada, una vez hallada, la voluntad del comitente de concretar el negocio e indagar las intenciones de aquél respecto de los términos de la oferta; c) trabajar el ánimo de la contraparte si no se muestra a llevar a cabo el negocio; d) transmitir la aceptación del cliente al comitente y persuadir a éste, en caso necesario, sobre los términos del negocio convenido por el corredor. En todas estas etapas de intermediación aparece bien caracterizado el papel del corredor”*

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que a folios 126 a 130 del archivo 01 obra contrato de corretaje allegado por la empresa demandada, no obstante, esta no cuenta con rubrica del demandante, por lo que, en tales condiciones con este documento no se acredita fehacientemente la existencia de tal tipo de contrato, siendo necesario acudir al restante material probatorio.

Por otra parte, la representante legal de SILEC COMUNICACIONES S.A.S. en interrogatorio de parte informó que el tipo de contrato que suscribió con el actor fue un contrato civil de corretaje por contratistas independientes; que el objeto del contrato suscrito con E.T.B. era comercialización de productos de telecomunicación; que el demandante desarrollaba actividades comerciales de telecomunicaciones, lo que hacía como asesor comercial; que el actor podía ingresar sus ventas en una aplicativo, donde podía ver los productos comerciales; y que el actor podía ir a cualquier lugar a buscar sus clientes; y que manejaban una tabla de comisiones, dependiendo del valor de ventas, se le pagaba; dicha tesis fue respaldada por los testigos Víctor Manuel Triviño Sosa e Iván Eduardo Vela Rincón.

Por su parte, los testigos Patricia Maldonado y Jesús Antonio Herrera, pese a que sus declaraciones son antitéticas con los anteriores, especialmente en cuanto a la modalidad contractual en qué se vinculó el demandante, son coincidentes en afirmar que el demandante fue contratado por SILEC COMUNICACIONES S.A.S. para realizar ventas de paquetes de telefonía, internet y televisión, productos del catálogo de E.T.B. S.A. E.S.P.

Por tanto y, contrario a lo dispuesto por el A Quo para la Sala se encuentra acreditado que el demandante sí prestó servicios para SILEC COMUNICACIONES S.A.S., así como para E.T.B. S.A. E.S.P., por lo que, le correspondía a estas desvirtuar el elemento de la subordinación.

Al respecto, es menester advertir que frente a E.T.B. S.A. E.S.P., encontramos que los testigos Patricia Maldonado y Jesús Antonio Herrera si bien adujeron que se presentaban con chaquetas y carnet con el logo de dicha demandada, también señalaron que las labores que cumplían las realizaban en zonas; que sólo recibían órdenes de SILEC COMUNICACIONES S.A., no de directivos de la E.T.B.; que los permisos se los debían pedir a Andrea Ripe; que su entrada se supervisaba mediante fotos que se enviaban a Andrea Ripe; que luego de estar al mando estaban bajo el mando de Juan Carlos Penagos y Andrés Triviño; y que sólo excepcionalmente participaron en campañas de E.T.B., en donde tuvieron

contacto con funcionarios de esta, e impartieron lagunas instrucciones. En igual sentido, en interrogatorio de parte el demandante señaló que ningún funcionario que de E.T.B. le impartió ordenes o le hizo llamados de atención, por lo que, en tales condiciones es dable considerar que E.T.B. S.A. E.S.P. no era el empleador del demandando, de modo que, se hace necesario verificar las pretensiones subsidiarias, en las que se solicita la declaratoria de un contrato de trabajo con SILEC COMUNICACIONES S.A.

Al punto, no encuentra la Sala elementos que permiten tener por desvirtuado el elemento de la subordinación frente a SILEC COMUNICACIONES S.A., puesto que, además que los testigos aludidos, esto es, Patricia Maldonado y Jesús Antonio Herrera señalaron que, era a través de Andrea Ripe, Juan Carlos Penagos y Andrés Triviño que se supervisaba el horario de trabajo, se impartían órdenes, se les requirió el uso de chaqueta y carnet de la E.T.B., y a quienes se les debía solicitar permiso en caso de ausentarse; del dicho de los testigos Víctor Manuel Triviño Sosa e Iván Eduardo Vela Rincón no es dable considerar que se logró desvirtuar la presunción en estudio.

En efecto, dichos testigos informaron que el actor desarrolló funciones de asesor comercial y, que inició con el proyecto de fibra óptica; que se pagaba comisión por venta; todo ello, con fundamento en que el actor se vinculó con un contrato de corretaje, lo cierto es que las funciones desarrolladas por él tal y como estos mencionan no se limitaba a captar clientes y fungir intermediario, sino también para materializar la ventas y en tal orden, debía estar pendiente de que se llevara a cabo la instalación del producto y cerrar la venta, lo que permite establecer fehacientemente que ciertamente se estuviera frente a un contrato de corretaje; recuérdese que el corredor es un simple mediador y su intervención se limita a poner en contacto a los contratantes, realice tareas preparatorias, y comunica las ofertas y contraofertas, de manera que al llegar los contratantes a un acuerdo sobre las condiciones del negocio, desaparece de la escena, no debiendo incluso estar presente dentro del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

En este punto, se esclarece que los testimonios fueron estudiados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin encontrar contradicciones o afirmaciones que pudieran restar credibilidad a los mismos y si bien, Patricia Maldonado y Jesús Antonio Herrera fueron tachados en virtud de demandas presentadas contra la demandada, por motivo la Sala estudio sus declaraciones con mayor rigurosidad, sin encontrar, se itera, manifestaciones que afecten su credibilidad.

Así las cosas, y dado que la representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte informó que la relación con el demandante se extendió del 26 de enero al 11 de junio de 2015- mimos extremos temporales anunciados en la demanda-, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se DECLARARÁ la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y SILEC COMUNICACIONES S.A.S. del 26 de enero al 11 de junio de 2015.

#### **Prestaciones Sociales y Vacaciones. Compensación.**

Al punto, sea lo primero precisar que si bien los testigos Patricia Maldonado y Jesús Antonio Herrera señalan un salario de \$800.000 y \$1'200.000 no existe prueba documental que respalde tales declaratorias, por demás que no se tiene certeza del momento a partir del cual pagó un salario y cuando el otro. Por el contrario, a folio 161 del archivo 01 la demandada allegó la relación de pagos que hizo mes a mes al trabajador por pago de comisiones de la siguiente manera: febrero, \$800.000; marzo, \$950.000; abril, \$1'200.000; mayo, \$960.000; y junio (11 días), \$400.000; de modo que, se tendrán en cuenta los salarios aludidos, y para enero de 2015 ante la falta de prueba, el salario mínimo de 2015, \$566.700.

En tales condiciones, se procede a calcular prestaciones sociales y vacaciones, tal y como fue peticionado en la demanda, teniendo en cuenta que su salario promedio fue la suma de \$971.569,85, así:

- **Cesantías:** \$ 367.037,50
- **Intereses a las cesantías:** \$16.639,03
- **Prima de servicios:** \$367.037,50

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

- **Vacaciones compensadas en dinero:** \$206.060,61. Teniendo en cuenta que al pagarse \$400.000 por 11 días la base salarial del mes de junio de 2015 fue la suma de \$1'090.909,09.

No se ordenará la compensación de dichos conceptos, pues no se acreditó un pago parcial de tales rubros, o de valores que pudieran considerarse similar o que hicieran las veces de estos.

### **Sanción Moratoria.**

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

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

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que SILEC COMUNICACIONES S.A.S. si bien aduce la celebración de un contrato de corretaje con la demandante, lo cierto es que previamente no se logró demostrar la existencia de tal forma de vinculación, por demás que ni siquiera se logró acreditar que la prestación del servicio del demandante se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

encuadrara en dicha forma de contratación, pues además de que según las pruebas no actuaba con independencia y autonomía, no se lograr avizorar su calidad de mero mediador; por tanto, y dado que lo que se puede colegir es que dicha modalidad contractual se tuvo como fachada para disfrazar la existencia de una relación laboral, a juicio de la Sala no se puede concluir que existió buena fe.

De esta manera, se impondrá la sanción moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la base del último salario es la suma de \$1'090.909,09 y que por ende, el salario diario es la suma de \$36.363,64. En consecuencia, se ordena el reconocimiento y pago de \$36.363,64 a partir del 12 de junio de 2015 hasta el 12 de junio de 2017 y, a partir del 13 de junio de 2017 intereses moratorios hasta que se haga efectivo el pago de prestaciones sociales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, pues se demandó el 08 de junio de 2017, esto es, dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo. Lo dicho, conforme CSJ Rad. 36577 del 06 de mayo de 2010, CSJ Rad. 38177 del 03 de mayo de 2011, CSJ Rad. 46.385 del 25 de julio de 2012, CSJ SL2966-2018, CSJ SL2140-2019 y CSJ SL2805-2020.

### **Solidaridad.**

El artículo 34 del C.S.T. establece que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

Por tanto, cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante. En ese sentido, para declarar la solidaridad es necesario: (i) la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente; (ii) el vínculo de carácter comercial entre esta última y la persona natural o jurídica que se beneficia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

de la actividad y (iii) la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos realizados con anterioridad.

Frente al último aspecto debe observarse según CSJ SL7789-2016 y CSJ SL11172-2017 que, este no surge del hecho que las labores del contratista independiente sean idénticas a las del dueño o beneficiario de la obra, pero tampoco cualquier actividad permite el nacimiento de aquel fenómeno jurídico, deben ser afines; y CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

De esta manera, advierte la Sala que como se adujo a lo largo del proveído se acreditó un contrato de trabajo entre el actor y SILEC COMUNICACIONES S.A.S; asimismo, se avizora que esta celebró el contrato de agencia comercial N°4600014394 con E.T.B. S.A. E.S.P. que tenía por objeto que el agente delante de forma independiente todos los gastos y riesgos inherentes a la actividad del encargo de promover la comercialización de los servicios y productos del portafolio de E.T.B. y concretamente los de la página [www//hogares.etb.co](http://hogares.etb.co), a través de gestión de barridos en calle, presencia en edificios y en sectores de alto tráfico vial y dentro de los límites territoriales señalados en tal contrato (fls. 1 a 31 del archivo 02).

Del mismo modo, encontramos que el demandante realizó funciones de venta del catálogo de productos de E.T.B. en hogares, en lo atinente especialmente a televisión, internet- fibra óptica, y telefonía, por lo que, en tales condiciones se hace necesario verificar el objeto social de esta entidad, para determinar si debe responder en solidaridad, el cual es el siguiente:

“la prestación y organización de servicios y actividades de telecomunicaciones tales como telefonía básica local y de larga distancia, servicios móviles, portadores, teleservicios, telemáticos, de valor agregado, servicios satelitales y de televisión en sus diferentes modalidades, servicios de Internet y cualquier otro servicio de telecomunicaciones, así como, (...) la integración de todos los servicios que impliquen la divulgación de contenidos en los medios de comunicación, la prestación de los servicios de publicidad por cuenta propia y/o de un tercero, en aras de la difusión o divulgación de políticas públicas y de mensajes institucionales o comerciales, que implique la producción y distribución de contenidos propios y de terceros; la

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

prestación de servicios de consultoría, asesoría, gerencia de proyectos y asistencia técnica sobre las materias que conforman el objeto, y la adquisición, venta, usufructo, constitución de gravámenes arrendamiento o subarrendamiento de equipos, bienes, infraestructura y sus suministros consumibles, repuestos y fungibles relativos a las comunicaciones, telecomunicaciones y tecnologías; (...) la venta, distribución, intermediación y comercialización de software que sea diseñado y/o desarrollado por la sociedad o terceros; la prestación de servicios de distribución de equipos de marcas fabricantes o de canales de las mismas; (...) el diseño, arrendamiento, venta y administración de soluciones de video-vigilancia; (...) y en general, asumir cualquier forma contractual, asociativa o de colaboración empresarial con personas naturales o jurídicas para adelantar actividades relacionadas, conexas y complementarias con su objeto social; explotar marcas, lemas comerciales, nombres y enseñas comerciales, patentes, invenciones o cualquier otro bien incorporal siempre que sean afines al objeto principal; (...) y, en general, celebrar todos aquellos actos y contratos que sean necesarios para dar cabal cumplimiento al objeto aquí descrito (...)"

De esta manera, para la Sala es claro que las actividades que desarrollaba el demandante al servicio de SIMEC COMUNICACIONES S.A.S. hacía parte del objeto social de E.T.B. S.A. E.S.P., pues el servicio que prestó sí estuvo relacionado con el objeto social de la tal demandada, ya que, la venta del catálogo de productos de E.T.B., se trata de una actividad de venta de bienes y servicios relativos a las comunicaciones, así como se puede enmarcar como una actividad conexas y/o complementarias con su objeto principal, como lo es, la prestación y organización de servicios y actividades de telecomunicaciones tales como telefonía básica local y de larga distancia, servicios móviles, portadores, teleservicios, telemáticos, servicios satelitales y de televisión en sus diferentes modalidades, servicios de internet y cualquier otro servicio de telecomunicaciones.

Así mismo, dicho objeto social es afín al de SIMEC COMUNICACIONES S.A.S. quien puede realizar la explotación, mantenimiento o facilitación del acceso a los servicios de para la transmisión de voz, datos, texto, sonido y video utilizando infraestructura de telecomunicaciones alámbrica, inalámbrica, o telecomunicaciones satelital; diseño, construcción, instalaciones y mantenimiento de redes internas y/o externas, manejo de equipos, centrales telefónicas, modernización de distribuciones y/o puntos de venta; venta, instalación y mantenimiento de televisión satelital, internet, y todo lo relacionado con las telecomunicaciones; y otras actividades relacionadas con tecnologías de la información e informática (fls. 26 a 30 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

En consecuencia, atendiendo que la función que desarrolló el actor no es extraña al objeto social de E.T.B. S.A. E.S.P. se impondrá solidaridad, al evidenciarse que era beneficiaria de las funciones que desplegaba.

### **Responsabilidad de la Llamada en Garantía.**

Las demandadas llamaron en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., teniendo como fundamento las pólizas N° 14-45-101031358 y 14-45-101035011, las que tenían vigencia del 31 de diciembre de 2014 al 31 de diciembre de 2018 y 20 de octubre de 2015 al 31 de diciembre de 2018 (fls. 33 a 39 del archivo 01); no obstante, la relación laboral se presentó entre el 26 de enero y el 11 de junio de 2015, por lo que, en caso de existir condena únicamente sería dable afectar la primera póliza en mención.

Aclarado lo anterior, encontramos que la póliza N° 1445-101031358 fue tomada por SILEC COMUNICACIONES S.A.S. teniendo como beneficiario o asegurado a E.T.B. S.A. E.S.P., por lo que, no es dable amparar las condenas que se impusieron como deudor principal a SILEC COMUNICACIONES S.A.S., siendo únicamente dable amparar los riesgos de E.T.B. S.A. E.S.P. de conformidad con la cobertura allí establecida.

Al respecto, se encuentra que dicha póliza señala que, garantiza el cumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones legales el en desarrollo del contrato de agencia comercial N° N°4600014394 cuyo objeto es promover la comercialización de los productos y servicios.

En ese orden de ideas, se CONDENARÁ a SEGUROS DEL ESTADO S.A.al pago de las condenas impuestas a favor del trabajador JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ como aseguradora, las que se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de la póliza de seguro N° 1445-101031358

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en ambas instancias a cargo de SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y E.T.B. S.A. E.S.P.; y de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de E.T.B. S.A. E.S.P.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

**A. DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ y SILEC COMUNICACIONES S.A.S. del 26 de enero de 2015 al 11 de junio de 2015.

**B. CONDENAR** a SILEC COMUNICACIONES S.A.S., y en solidaridad a E.T.B. S.A. E.S.P. a reconocer y pagar a favor del demandante las siguientes sumas de dinero:

- **Cesantías:** 367.037,50
- **Intereses a las cesantías:** \$16.639,03
- **Prima de servicios:** \$367.037,50
- **Vacaciones compensadas en dinero:** \$206.060,61.
- **Sanción Moratoria:** La suma diaria de \$36.363,64 desde el 12 de junio de 2015 hasta el 12 de junio de 2017 y, a partir del 13 de junio de 2017 intereses moratorios hasta que se haga efectivo el pago de prestaciones sociales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

**C. CONDENAR** a SEGUROS DEL ESTADO S.A. al pago de las condenas impuestas en solidaridad a E.T.B. S.A. E.S.P., a favor del trabajador JOE HANS HARMANN ÁLVAREZ, como aseguradora; dichas condenas se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de la póliza de seguro N° 1445-101031358.

**D. ABSOLVER de las demás** pretensiones incoadas en contra de las demandadas.

**SEGUNDO.** -. Costas en ambas instancias a cargo de SILEC COMUNICACIONES S.A.S y a favor del demandante, y de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de E.T.B. S.A. E.S.P.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00602 -01.

Demandante: **JOE HANS HARTMANN ÁLVAREZ.**

Demandado: **SILEC COMUNICACIONES S.A.S. Y E.T.B. S.A. E.S.P.**

**AUTO**

Se señala a cargo de SILEC COMUNICACIONES S.A.S. y E.T.B. S.A. E.S.P. como agencias en derecho la suma de \$1'200.000 a favor del demandante; y de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de E.T.B. S.A. E.S.P. la suma de \$600.000.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO** y **PROTECCIÓN S.A.** contra las providencias que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de diciembre de 2021, en proceso ordinario laboral que adelanta la primera recurrente contra la segunda recurrente y **LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de compañera permanente una pensión de sobrevivientes, a partir del 24 de febrero de 2014, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Sostuvo una relación sentimental con el señor Alexander Martín Bautista por más de 18 años, siendo ininterrumpida desde 2004 el día que este falleció, 24 de febrero de 2014; **2)** Con el causante formó una comunidad de apoyo económico y espiritual de forma libre y voluntaria, constituyendo una unión marital de hecho; **3)** De dicha relación nacieron tres hijos, Dayana

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

Caterin, Lisanyuyi, Miguel Ángel Martín Pacanchique; y **4)** Solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante, mediante oficio del 14 de enero de 2016, PROTECCIÓN S.A. dejó en reserva el reconocimiento prestacional al existir otra posible beneficiaria, LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.

## **2. Actuación Procesal en Primera Instancia.**

### **2.1. Acumulación de Procesos.**

Mediante auto del 25 de febrero 2021 se dispuso la acumulación del proceso 110013105028201900294-00 en donde fungía como demandante LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA quien pretendió el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor e intereses moratorios (archivos 18 y 35).

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: **1)** El 24 de febrero de 2014 falleció el señor Alexander Martín Bautista; **2)** Contrajo nupcias con el causante el 01 de julio de 2000, con quien convivió hasta el momento de su deceso; **3)** El 23 de febrero de 2014 solicitó pensión de sobrevivientes, empero, la prestación se dejó en reserva por parte de PROTECCIÓN S.A. mediante decisión del 14 de enero de 2016; y **4)** El 12 de febrero de 2019 solicitó nuevamente pensión de sobrevivientes, y el 05 de marzo del mismo año, la A.F.P. le reitera su decisión.

### **2.2. Respuesta a las Demandas.**

**PROTECCIÓN S.A.** (archivo 10 y fls. 101 a 111 del archivo 35), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que existen dos personas que alegan el mismo derecho pretendido, por lo que le corresponde a la demandante acreditar su calidad de beneficiaria, especialmente la convivencia con el causante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

Por su parte, **LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA** también se opuso a las pretensiones de la demanda de ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO (archivo 10).

Explicó que convivió con el causante desde 1995 hasta su fallecimiento, compartiendo, techo, lecho y mesa; que de dicha relación procrearon dos hijas, Daniela Giseth y Melany Yeray Martín Chivata; que contrajo nupcias con el causante el 01 de julio de 2000; y que el causante era quien proveía todo lo necesario para su subsistencia.

### **2.3. Solicitud de Medida Cautelar.**

ADRIANA CHIVATA HEREDIA en consideración a su estado de salud que se tomaran las medidas necesarias para proteger sus derechos fundamentales al ingreso mínimo vital y móvil, vida digna, salud y seguridad social, concediéndose de manera provisional la pensión de sobrevivientes por su condición de salud- cáncer maligno en la glándula mamaria izquierda- y su situación de madre de familia (archivo 23).

### **3. Providencias Recurridas.**

En audiencia del 01 de diciembre de 2021, la A Quo decretó la medida cautelar requerida por la apoderada de LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA con fundamento en el estado de salud que esta presentaba, señalando que era necesario que esta fuera ingresada en nómina de pensionados desde el momento en que se ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor.

Así mismo, en dicha audiencia la **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** que LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA tiene derecho a la pensión de sobreviviente del causante Alexander Martín Bautista.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a reconocer la pensión de sobreviviente a partir del 23 de febrero de 2014 a la señora LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA, en un 50% de la prestación, la cual podrá presentarse hasta un 100% una vez los hijos del causante superen los 18 años de edad o los 25, en el evento que acrediten seguir estudiando, autorizándose a PROTECCIÓN a realizar los descuentos en salud.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

**TERCERO: DECLARAR** probado parcialmente la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de abril de 2016.

**CUARTO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a pagar el retroactivo pensional respecto de las mesadas pensionales caudadas desde el 11 de abril de 2016 a LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA, de acuerdo con el porcentaje que le corresponde, pudiendo PROTECCIÓN, efectuar los correspondientes descuentos por aportes a salud.

**QUINTO: ABSOLVER** a PROTECCIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.

**SEXTO:** Sin costas en esta instancia. Así mismo se ordena a PROTECCIÓN a cumplir la medida cautelar señalada en la parte motiva de esta providencia.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que de los documentos obrantes y testimonios recibidos no es posible determinar que ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO convivió con el causante dentro los últimos cinco años de vida de esta, ya que, es dable considerar que tal convivencia inició el 13 de marzo de 2010, y que dentro del último año de vida se interrumpió tal convivencia; que frente a LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA se acreditó que contrajo nupcias con el demandante, que convivieron desde 1997, y que por lo menos convivieron hasta el 2008, fecha de nacimiento de su último hijo, motivo por el que hay lugar al reconocimiento pensional, pues se acreditaron cinco años de convivencia, los que podían ser en cualquier tiempo al tratarse de cónyuge; que al demandarse el 11 de abril de 2019 ocurrió la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2016; y que no hay lugar a intereses moratorios, pues lo razonable es que ante conflicto entre beneficiarias, era obligación de los fondos dejar en suspenso la prestación.

#### **4. Argumentos de la Recurrente Frente al Auto que Decreta Medida Cautelar.**

**PROTECCIÓN S.A.** dijo que no se encuentran previstos los requisitos para la medida cautelar, puesto que la misma lo que busca es asegurar el cumplimiento de la sentencia o evasiones de la entidad, lo que no se presenta en este caso, pues lo que se está haciendo es garantizar el pago de la prestación; y que no se encuentra en peligro la vida de la demandante para acceder al reconocimiento prestacional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

## **5. Argumentos de la Recurrente Frente a la Sentencia.**

**ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO** señaló que existen pruebas que demuestran la convivencia con el causante durante más de cinco años antes del fallecimiento de este, pues la misma hermana manifiesta que tuvieron una convivencia paralela, además existe constancia de su condición de beneficiaria; que incluso con la otra demandante se planteó la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio atendiendo las circunstancias del tiempo de convivencia; y que además la actora no tuvo una defensa técnica apropiado al principio del juicio, estuvo con una apoderada de Consultorio Jurídico.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** señaló que la cónyuge no convivía con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento.

## **6. Reposición Frente al Auto que Decreta Medida Cautelar.**

La A Quo no repuso su decisión con fundamento en que existe una amenaza al mínimo vital de la demandante.

## **7. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable ordenar una medida cautelar innominada para garantizar el pago de una pensión de sobrevivientes a LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA? y, ¿hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO como consecuencia del fallecimiento de Alexander Martín Bautista?

#### **Tesis**

Modificar el auto que decreta la medida cautelar.

Confirmar la decisión de primer grado frente a la sentencia.

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

#### **Medida Cautelar Innominada en Materia Laboral.**

Al hablarse de medidas cautelares tradicionalmente en materia laboral se ha acudido a lo dispuesto en el artículo 85 A del C.P.T. y de la S.S.; norma que se encuentra referida a la verificación de actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de una sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

Pese a ello y con la implementación del Código General del Proceso tal espectro jurídico en cuanto a medidas cautelares se refiere se amplió, estableciéndose las denominadas medidas cautelares innominadas, las que según se desprende del literal c) del artículo 590 del C.G.P. son aquellas que el juez impone cuando encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Asimismo, el juez debe tener en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada, para lo cual el juez deberá establecer su alcance, determinar su duración y disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

En igual sentido, dichas medidas se deben solicitar desde la demanda, pues tienen como finalidad dotar al juez de un mayor poder cautelar, permitiendo a éste decretar una medida que resulte compatible con la pretensión aducida, a fin de que la misma se pueda materializar si la sentencia la declara o reconoce; es así como frente a estos casos, el juez queda facultado para decretar la medida que considere más apropiada, teniendo como norte su libre discernimiento, reglas de ponderación, equilibrio, y razonamiento.

Igualmente, señala la norma que para que sea decretada, el demandante deberá prestar caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Al respecto, en sentencia C-043 de 2021 la H. Corte Constitucional dispuso:

*“La posibilidad de aplicar analógicamente las medidas cautelares innominadas del proceso civil en el laboral se debe a que con ellas el legislador responde “a la variedad de circunstancias que se pueden presentar” en el proceso, por lo que resultan idóneas y eficaces para prevenir daños y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores en sus distintas dimensiones.*

*En efecto, la medida cautelar innominada consagrada en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del CGP, es una prerrogativa procesal que por su lenguaje no explícito puede ser aplicada ante cualquier tipo de pretensión en un proceso declarativo, dado que no condiciona su procedencia a una situación concreta definida por el legislador. Es a través de este tipo de*

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

*medidas que el juez laboral puede, con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, determinar si procede su adopción de acuerdo con el tipo de pretensión que se persiga. A través de ellas el juez podrá adoptar la medida que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.*

De esta manera y, descendiendo al caso, considera la Sala que, si bien la medida solicitada no se encuadra dentro de lo dispuesto en el artículo 85 A, pues no se advierte que la demandada se encuentre en un escenario de iliquidez o insolvencia, de impedir la efectividad de una sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, lo cierto es que, se adecua a lo dispuesto en el artículo 590 del C.G.P., pues ciertamente se avizora un escenario en el que la falta de reconocimiento oportuno de la prestación podría ir en detrimento de los derechos fundamentales de salud y mínimo vital de la señora LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA, al presentar un diagnóstico de tumor en el ovario, carcinoma ductal renal, y cáncer maligno en la glándula mamaria izquierda, tal y como se puede determinar de la documental allegada y que se encuentra visible en el archivo 23; por ende, la medida cautelar decretada resulta razonable para amparar sus derechos fundamentales, y en tal sentido se considera que ella guarda apariencia de buen derecho, como también necesidad, efectividad y proporcionalidad.

Así las cosas, resulta razonable la medida cautelar impuesta, sin embargo, y dado que no se impuso la caución de que trata el artículo 590 del C.G.P. y a fin de salvaguardar los derechos de quienes en el proceso intervienen y en especial para conjurar los daños o perjuicios que eventualmente se puedan presentar con el decreto de tales medidas, se **MODIFICARÁ el auto impugnado** a fin de ORDENAR a la A Quo que establezca la caución que le corresponde pagar a la señora LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA; aspecto que debe ser estudiado y analizado teniendo en cuenta la situación especial de amparo que esta señala y lo dispuesto en el aludido artículo 590 del C.G.P., de manera que, incluso, podrá modificar, sustituir o establecer el cese de la medida impuesta o limitar su alcance o duración.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

**Pensión de Sobrevivientes. Compañera Permanente vs Cónyuge Supérstite.**

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

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Alexander Martín Bautista -23 de febrero de 2014- (fl. 5 del archivo 05), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, es necesario precisar que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 regula el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando no hay duda sobre la convivencia al momento de la muerte; y por su parte, el literal b) de la misma disposición prevé, el caso de la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, lo que implica que no hay cohabitación para la época del deceso.

En ese sentido, en cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, lo que aplica cuando se está frente al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando no existe duda sobre la convivencia al momento de la muerte, por manera que, en tal caso, la cónyuge que pretenda la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado debe acreditar no solo tal condición, la de cónyuge, sino también la "*convivencia vigente para el momento de la muerte*" así como la conformación y pertenencia al núcleo familiar (CSJ SL1575-2023).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

Sin embargo, cuando se está frente al presupuesto contenido en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016, ha aceptado ante tal controversia que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien si bien en este presupuesto no se le exige convivencia al momento de la muerte, debe acreditar cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Martín Bautista falleció ostentando el estatus de afiliado, y que ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA alegan la calidad de compañera permanente y cónyuge, respectivamente, por lo que al existir controversia en cuanto a la convivencia al momento de la muerte, debía acreditarse por parte de la primera cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, y por parte de la segunda, en cualquier tiempo.

Al punto, se encuentra que LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA acreditó que contrajo nupcias con el causante el 01 de julio de 2000; y que tuvieron dos hijas, Daniela Giseth y Melany Yeray Martín Chivatá el 17 de mayo de 1997 y el 09 de julio de 2008, respectivamente (fl.54 del archivo 35).

Igualmente, obran declaraciones extraprocesales de Martha Yesenia Sánchez Camacho, en la que se dispuso que convivió con el causante desde el 01 de diciembre de 1995, y como esposos a partir del 01 de julio de 2000 y hasta a la fecha de fallecimiento del señor Martín Bautista; que tuvieron dos hijas; y que la señora CHIVATA HEREDIA dependía económicamente del causante (fl. 58 del archivo 35).

En cuanto al valor probatorio de dichas declaraciones habrá de rememorarse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación no se requirió por ninguna de las partes, pueden ser valoradas en el sentido aludido por la H. Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, a juicio comparecieron a rendir testimonio Martha Yesenia Sánchez Camacho aludiendo que conoce la convivencia de la señora CHIVATA HEREDIA con el causante desde 1997 aproximadamente; ratificando que contrajeron nupcias en el año 2000; que vivieron en la misma causa, que nunca se separaron; y que estuvieron juntos más o menos 24 años, desde 1997 hasta el fallecimiento del causante en 2014; declaración que es coincidente con lo señalado por María Eugenia Chivatá Heredia y Raquel Sofía Amaya Paipa, quienes también dieron cuenta de una convivencia desde 1996 aproximadamente, que tal pareja procreó dos hijas, que se casaron en julio del 2000, y que nunca se separaron.

Por su parte, la testigo Ana Teresa Alfonso Bautista- hermana del causante- si bien da cuenta de una separación entre el causante y la señora CHIVATA HEREDIA, señala que alcanzó a vivir con ella diez años; que estando el causante con la señora PACANCHIQUE MORENO tuvo otra hija con la señora CHIVATA HEREDIA, periodo en el que estuvo conviviendo con ambas de forma variable e interrumpida; que tuvo dos hogares en ese momento; y que hubo un tiempo antes del fallecimiento del causante que este no convivió con ninguna de las demandantes; declaración que es coincidente con lo señalado por Ana Teresa Bautista de Alfonso- madre del causante- quien en investigación administrativa adelantada por al A.F.P. dio cuenta de una separación del causante con la señora CHIVATA HEREDIA de alrededor de cuatro años anteriores al fallecimiento y con la señora PACANCHIQUE MORENO de ocho meses (fls. 128 a 147 del archivo 35).

Así las cosas, para la Sala es claro que le asiste razón al A Quo en cuanto a que la señora CHIVATA HEREDIA acreditó una convivencia de por lo menos cinco años en cualquier tiempo, por manera que, en tal sentido la sentencia se confirmará.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

En cuanto a la señora PACANCHIQUE MORENO se demostró que el causante procreó con esta tres hijos, Dayana Caterin, Lisanyuyi, Miguel Ángel Martín Pacanchique quienes nacieron el 15 de marzo de 1999, 16 de septiembre de 2000 y 19 de enero de 2012, respectivamente; no obstante, de las declaraciones extraprocesales de Jenny Paola Menjura Castiblanco y Ruth Ivonne Molina se logra extraer que la convivencia entre tal demandante y el causante lo fue del 17 de junio de 2004 al 20 de noviembre de 2013, por lo que, en tal sentido no logró convivir con este hasta su fallecimiento (fls. 16 a 20, 26 del archivo 01).

En ese sentido, se itera, la testigo Ana Teresa Alfonso Bautista dio cuenta que antes del fallecimiento del causante, este no convivía con la señora PACANCHIQUE MORENO; declaración que es coincidente con lo señalado por Ana Teresa Bautista de Alfonso- madre del causante- quien en investigación administrativa adelantada por al A.F.P. dio cuenta de que al momento del fallecimiento esta pareja llevaba separada alrededor de ocho meses, pues el causante estaba con otra muchacha con quien vivía tres meses atrás de su deceso y que incluso fue la razón por la que perdió la vida (fls. 128 a 147 del archivo 35).

En ese sentido, se considera que las declaraciones extraprocesales rendidas por Ana Teresa Alfonso Bautista y Luz Stela Pérez Ávila no resultan lo suficientemente certeras, pues si bien hace alusión a una convivencia de la señora PANCANCHIQUE MORENO con el causante desde 2004 hasta su fallecimiento (fls. 27 y 28 del archivo 01), lo cierto es que no resultan coincidentes con el acervo probatorio recolectado, por demás que esta última al comparecer a rendir testimonio si bien dio cuenta de una convivencia de 18 años, no estableció con certeza durante qué extremos temporales y/o periodo de tiempo se presentó.

De esta manera, no es dable considerar que dicha demandante acreditó la convivencia de cinco años con el causante, siendo insuficiente para el efecto la afiliación a salud visible a folio 29 del archivo 01, pues esta no da cuenta de convivencia alguna entre ellos, especialmente, durante los últimos ocho meses antes del deceso del exánime; misma razón por la que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

de las fotos de folios 32 a 35 del archivo 01 se puede colegir la convivencia requerida.

En tales condiciones, se considera acertada la decisión de la A Quo de negar la pensión de sobrevivientes a tal demandante; no obstante, en este punto se esclarece que, las que las afirmaciones hechas por las partes en el discurrir de una conciliación, ofertas y contrapropuestas, no puede ser tenidas como confesión, en aras de propiciar que las partes asistan con buen ánimo, amplitud, y espontaneidad a discutir los derechos controvertidos (CSJ Rad. 26663 del 01 de agosto de 2006, Rad. 26663, reiterada en CSJ Rad. 43753 del 17 de abril de 2013, Rad. 43753).

Finalmente, y en cuanto al argumento que la señora PACANCHIQUE MORENO no tuvo una defensa técnica apropiada al principio del juicio, estuvo con una apoderada de Consultorio Jurídico, no se avizora que en la oportunidad procesal correspondiente se hubiera impetrado expuesto algún tipo de nulidad o irregularidad procesal por tal aspecto, por lo que, para este momento ya se encuentra saneada.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO por resultar vencidas frente a la apelación impetrada contra la sentencia. Sin costas frente al auto impugnado.

#### **V. DECISIÓN**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el auto proferido** el 01 de diciembre de 2021, a fin de ORDENAR a la A Quo que establezca la caución que le corresponde pagar a la señora LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA por concepto de la medida cautelar decretada; aspecto que debe ser estudiado y analizado teniendo en cuenta la situación especial de amparo que esta señala y lo dispuesto en el artículo 590 del C.G.P., de manera que, incluso, podrá modificar, sustituir o establecer el cese de la medida impuesta o limitar su alcance o duración. En lo demás se confirma.

**SEGUNDO.** –. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

**TERCERO.** –. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO por resultar vencidas frente a la apelación impetrada contra la sentencia. Sin costas frente al auto impugnado.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

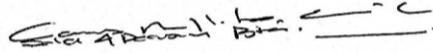
*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2018-00539 -01 y 02.

Demandante: **ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A. Y LUZ ADRIANA CHIVATA HEREDIA.**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

Se señalan a cargo de PROTECCIÓN S.A. y ÁNGELA DIANA PACANCHIQUE MORENO por resultar vencidas frente a la apelación impetrada contra la sentenciacomoo agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 14 de diciembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MERY BALLESTEROS CORREA** adelanta contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.**, y la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad, o en subsidio, la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media, y que PORVENIR S.A. devuelva las semanas que hubiera recibido producto de tal afiliación.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** (fls. 149 a 169, archivos 03 y 05) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por lo tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. donde se encuentra actualmente afiliado la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, obligación que también recae en PROTECCIÓN S.A.

**TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de la acción a las partes demandadas. Tásense.

## **4. Argumentos de la Recurrente.**

**COLPENSIONES** expuso que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, no puede ser favorecida ni perjudicada, pues no hizo parte del acto de traslado pensional; que con la decisión se afecta gravemente el equilibrio financiero del sistema, pues existe una alta posibilidad de efectuar reconocimiento pensional; que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición de traslado pensional; y que quien causa el daño es quien debe repararlo, por lo que se deben reconocer perjuicios a su favor.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **De la ineficacia del traslado.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de enero de 1981 presenta aportes en tal régimen, documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 04; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 02 de septiembre de 1996 (fl.30 del archivo 03).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 38 del archivo 06 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 02 de septiembre de 1996 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ballesteros Correa se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (02 de septiembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que no recibió asesoría del asesor de Cesantías y Pensiones Colmena y sólo de PORVENIR S.A. posteriormente, en cuanto a que el I.S.S. se iba a acabar, la posibilidad de tener una pensión de forma anticipada y que su bono eran heredable; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 06 de octubre de 1999 (fls.45 del archivo 05), es de anotar que la misma no sufre la obligación primigenia que tenía y Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

Por otra parte, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien ordenó que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, los aportes, rendimientos y gastos de administración, , también se debe devolver **bono pensional, comisiones, capital destinado a seguros previsionales y a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le correspondía a **PROTECCIÓN S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, devolver **comisiones y valores recibidos por concepto de seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima**, por lo que también se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia en tal sentido.

Igualmente, se **DISPONDRÁ** que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben aparecer discriminados con sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

Finalmente, y en cuanto a la solicitud de perjuicios deprecada por COLEPNSIONES en la apelación, como quiera que esta no fue objeto de pedimento en el curso de la primera instancia, la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento; recuérdese que las facultades ultra y extra petita están reservadas al juez de única y primera instancia, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de aportes, rendimientos y gastos de administración, **bono pensional, comisiones, capital destinado a seguros previsionales y a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**. Igualmente, **PROTECCIÓN S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, devolver **comisiones y valores recibidos por concepto de seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima.**

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

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

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00705 -01.

Demandante: **MERY BALLESTEROS CORREA.**

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

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2020-00081 -01.

Demandante: **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de febrero de 2023 en proceso ordinario laboral que adelanta **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ** contra **U.G.P.P.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de compañera permanente una pensión de sobrevivientes, a partir del 10 de noviembre de 2017, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Lino Enrique González Altahona falleció el 04 de mayo de 2005; **2)** El 11 de diciembre de 2017 solicitó pensión de sobrevivientes; no obstante, esta negó mediante Resolución RDP 011123 del 27 de marzo de 2018; **3)** Mediante las Resoluciones RDP 018309 y 023059 del 23 de mayo y 20 de junio de 2018, respectivamente, se resolvió el recurso de reposición en forma negativa y se ratificó la decisión inicial; lo que también se efectuó a través de la Resolución ADP 0060334 del 24 de agosto de 2018; y **4)** El causante

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2020-00081 -01.

Demandante: **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

gozaba de pensión de jubilación que le fue reconocida a través de la Resolución 35476 del 14 de septiembre de 1984.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**U.G.P.P.** (fls. 66 a 72 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que de la investigación realizada por la entidad se pudo constatar que la demandante nunca configuró un hogar con el causante y que entre estos no existió ningún tipo de relación; y que por lo anterior, no es dable considerar que se encuentra acreditado el requisito de la convivencia.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que le correspondía a la demandante acreditar la convivencia con el causante durante los últimos cinco años de vida de este, no obstante, tanto de la investigación administrativa adelantada por la demandada, como de los testigos comparecientes no se encuentra demostrado tal requisito, ya que, lo que se estableció es que si bien tuvieron una relación sentimental, y que su convivencia sólo perduró alrededor de ocho meses; y que el testimonio de Jonathan Borrero es insuficiente para establecer la aludida convivencia, pues no le consta esta de forma directa.

## **4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por U.G.P.P. para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2020-00081 -01.

Demandante: **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante como consecuencia del fallecimiento de Lino Enrique González Altahona?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Pensión de Sobrevivientes. Compañera Permanente.**

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

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Lino Enrique González Altahona -10 de noviembre de 2017- (fl. 27 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, es necesario precisar que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 regula el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando no hay duda sobre la convivencia al momento de la muerte; y por su parte, el literal b) de la misma disposición prevé, el caso de la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, esto es, cuando no hay cohabitación para la época del deceso.

En ese sentido, en cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, lo que aplica cuando se está frente al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando no existe duda sobre la convivencia al momento de la muerte, por manera que, en tal caso, la cónyuge que pretenda la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado debe acreditar no solo tal condición, la de cónyuge, sino también la “*convivencia vigente para el momento de la muerte*” así como la conformación y pertenencia al núcleo familiar (CSJ SL1575-2023).

Sin embargo, cuando se está frente al presupuesto contenido en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 19993, CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016, ha aceptado ante tal controversia que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor González Altahona falleció ostentando el estatus de pensionado según se extrae de la Resolución RDP 0011123 del 27 de marzo de 2018 (fls. 7 a 10 del archivo 01), y que la demandante alega la calidad de compañera permanente, por lo que, debía acreditar cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Demandante: **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Al punto, se encuentra que Jonathan Enrique Borrero Villa y Rafael José Camacho Marriaga rindieron declaración extraprocésal, señalando una convivencia de nueve años entre el causante y la demandante hasta la fecha del fallecimiento de este, y que compartían techo, lecho y mesa (fls. 159 y 160 del archivo GONZALEZ ALTAHONA LINO ENRIQUE de la carpeta 01); no obstante, y aunado a que tales declaraciones no dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentó tal convivencia ni las razones por las que les consta la misma, el señor Borrero Villa compareció a rendir testimonio y, si bien manifestó se ratificó la existencia de una relación sentimental entre la actora y el causante, de cuidados que esta le proporcionaba y de cobros que aquella realizaba a nombre del exánime, señaló que no le constaba de forma directa la existencia de convivencia, pues expuso que nunca visitó el lugar donde cohabitaban y basa su dicho en comentarios de terceros o que el mismo demandante realizó en vida, por lo que, en tal sentido no las declaraciones en estudio no son lo suficientemente fehacientes y certeras para tener por acreditado el presupuesto de la convivencia.

Por otra parte, comparecieron a rendir testimonio dos de los hijos del causante, Lino Enrique y Alejandro Manuel González Gambín; no obstante, estos fueron contundentes en señalar la inexistencia de la convivencia deprecada. En efecto, tales testigos manifestaron que la demandante cuidaba a un hermano de ellos que ya había fallecido; que la actora sólo estuvo un mes en la casa de su papá y lo hizo cuidando a su hermano; que la actora vivía en Puerto Caimán- lugar diferente de la residencia de su padre-; que su papá y la demandante tuvieron una relación sentimental, pero nunca convivieron; que por lo anterior, la demandante y su papá se encontraban en ocasiones; que la demandante y su papá estaban a 20 km de distancia en carro; que su papá se encontraba con la demandante cuando cobraba su pensión en Puerto Colombia y allí él le daba dinero, además se comunicaban por teléfono; que la demandante tenía marido e hijos; y que su padre vivía solo y lo cuidaba Miguel, un nieto.

En igual sentido, al plenario se allegaron diversas entrevistas efectuadas por la demandada para determinar si había lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; en ellas, Lino Enrique,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2020-00081 -01.

Demandante: **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Alejandro Manuel González Gambín, Nancy María Hernández Sánchez y Matilde Hernández de González señalaron que, el único hogar que tuvo el causante fue con su madre, que su padre era mujeriego pero no conformo hogar con nadie, que no conocía a la actora, y que esta sólo estuvo un mes cuidado de un hermano que falleció (fls. 76 a 78, 111, 112, 225, 226, 422, y 423 del archivo GONZALEZ ALTAHONA LINO ENRIQUE de la carpeta 01)

Así las cosas, y dado que el interrogatorio de parte surtido por tal demandante y las diferentes declaraciones que rindió no tienen el alcance para que se tenga por acreditado el periodo de convivencia aludido, pues recuérdese que la finalidad del interrogatorio de parte es lograr la confesión, por además que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020, se considera que no existe en el plenario pruebas que permitan a la Sala establecer la existencia de la convivencia deprecada durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, por lo que, ante tal insuficiencia probatoria no queda otro camino que CONFIRMAR la sentencia consultada.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 2023, por lo expuesto en la parte considerativa.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2020-00081 -01.

Demandante: **GLADYS SOCORRO ARZUZA JEREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**AUTO**

**Reconocer personería adjetiva** para actuar al Dr. José Heliodoro Cabezas Suárez identificado con la C.C. No.79.251.686 de Tunjuelito Usme (Cundinamarca), y T.P. No. 37.282 del C.S. de la j., como apoderado de FLORES DE LOS ANDES LTDA. en los términos y para los efectos del poder conferido.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO** adelanta contra **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 13 de enero de 1997 hasta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

el 15 de septiembre de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita auxilio de transporte, y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** Laboró al servicio de la demandada del 13 de enero de 1997 al 15 de septiembre de 2017 como Operaria; **2)** Prestaba de forma personal sus servicios, cumplía horario de trabajo, era objeto de subordinación y, percibía el salario mínimo; y **3)** No le pagaron el auxilio de transporte durante la relación laboral.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**FLORES DE LOS ANDES LTDA.** (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, sus extremos temporales, el cargo y el salario.

Adujo que durante el tiempo que perduró la relación laboral suministró el auxilio de transporte, por demás que al demandarse el 11 de agosto de 2020 operó la excepción de prescripción.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** que entre la actora y FLORES DE LOS ANDES S.A.S. existió un contrato de trabajo vigente desde el 13 de enero de 1997 al 15 de septiembre de 2017.

**SEGUNDO. CONDENAR** a FLORES DE LOS ANDES S.A.S. al reconocimiento y pago del auxilio de transporte en favor de la demandante en la suma equivalente a \$2'784.660, el cual fue calculado desde el 15 de septiembre de 2014 hasta el 15 de septiembre de 2017.

**TERCERO. CONDENAR** a FLORES DE LOS ANDES S.A.S. a pagar debidamente indexada la suma señalada anteriormente.

**CUARTO. DECLARAR PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción respecto al auxilio de transporte generado con anterioridad al 15 de septiembre de 2014.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

**QUINTO. CONDENAR** en costas de esta instancia a FLORES DE LOS ANDES S.A.S., fijándose como agencias en Derecho la suma de \$500.000.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos temporales; que de los desprendibles de nómina no se registra su pago; que el auxilio de transporte no se reconoce cuando el empleador suministra el transporte, no obstante, no se acreditó tal suministro así como tampoco se arrió convención colectiva de trabajo para justificar la falta de pago de tal rubro; que el 15 de septiembre de 2017 se solicitó el auxilio, por lo que, se entiende que operó la prescripción de los causados con anterioridad al mismo día y mes de 2014; y que no se impone sanción moratoria, pues esta se impone frente a salario y prestaciones sociales, aunado a que no se reconoce como contraprestación del servicio.

#### **4. Argumentos de las Recurrentes.**

**MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO** adujo que el auxilio de transporte es prestación social, debiendo ser analizada la buena o mala fe; que se obró de mala fe, puesto que la convención colectiva sólo tuvo vigencia desde julio de 2017, que sólo se allega un contrato de transporte que es posterior a la terminación del contrato de trabajo, y no se acreditó la existencia de ningún tipo de paradero en la empresa; que además la testigo resultó incoherente frente al interrogatorio de parte del representante legal; que no obra un registro del control del transporte que se suministró; y que se itera, el auxilio de transporte es prestación social, pues es base para liquidar prestaciones sociales, y tiene como fin cubrir los riesgos o necesidades del trabajador, como lo es el traslado a su lugar de trabajo.

Por su parte, **FLORES DE LOS ANDES LTDA.** manifestó que en el acápite de documentales se encuentra la convención colectiva de trabajo con constancia de depósito; que la cláusula 5° se puede avizorar el suministro de transporte junto con el auxilio de movilización; que resulta inverosímil que no se hubiera pagado dicho auxilio, pues está localizada en un sector rural en Funza, sólo siendo dable acceder a través de transporte suministrado por la empresa; que cuando se suministra el transporte por parte del empleador, este queda exonerado del pago del auxilio de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

transporte, debiéndose entender que el transporte de la puerta de la casa a la puerta del trabajo, resulta un imposible, seguramente se recoge en un sitio cercano; y que aunado a ello, no es razonable considerar que sólo se prestaba el servicio de ida.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

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

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de auxilio de transporte? y, ¿es dable la imposición de sanción moratoria?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Del Auxilio de Transporte.**

El auxilio de transporte es un subsidio que se reconoce a los trabajadores que tienen un salario de hasta dos salarios mínimos mensuales. Al respecto, CSJ SL2169-2019 reiterando la sentencia CSJ SL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

1950 del 01 de julio de 1988, GJ CXCIV, n.º 2433, pág. 7-19, señaló que “*La Ley 15 de 1959, artículo 2º, estableció a cargo de los patronos el denominado auxilio de transporte que explicó como la obligación de pagar al trabajador que reúna los requisitos previstos, el transporte “...desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo...”*; y que la consecuencia lógica de lo anteriores es que no hay lugar al auxilio de transporte si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado de este no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones.

En el caso concreto, aparece demostrado que la demandante no devengaba más de dos salarios mínimos, pues percibía el salario mínimo legal mensual vigente según certificación, liquidación final de prestaciones sociales y contrato de trabajo visibles a folios 6 y 16 del archivo 01 y 8 del archivo 10, por lo que, le correspondía el pago de dicho auxilio.

Por otra parte, manifiesta la demandada que frente a tal rubro se celebró convención colectiva de trabajo con vigencia desde el 01 de julio de 2017, en la que ciertamente se avizora en el literal b) de la cláusula 5º que adicional a que la empresa suministra transporte colectivo a los trabajadores, se le paga a cada trabajador un auxilio de movilización, (archivo 11).

De esta manera, si bien se encuentra acreditado que en la empresa, a los trabajadores se les suministraba un medio transporte colectivo, que incluso podría hacer innecesario el reconocimiento de un auxilio de transporte, - aspecto del que también da cuenta la testigo Aminta Rugeles Lozada, quien expuso que la empresa siempre ha tenido transporte-, lo cierto es que indistintamente de la forma como se pudiese prestar el servicios, ya fuere sólo el transporte de ida o de vuelta, o la imposibilidad de ingresar sino era por el colectivo suministrado por la empresa, no existe documental alguna que permita establecer que a la demandante se le suministró tal beneficio.

En efecto, nótese como la testigo referida expuso que la empresa demandada llevaba un registro de quienes usaban ese transporte, que cada ruta tenía un monitor, que los recogían en un punto determinado y que los dejaban en la empresa; no obstante, no encuentra la Sala que se hubiere allegado constancia documental alguna de tal registro y de que la demandante hubiere recibido tal beneficio.

Igualmente, es menester recordar que, las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo, según el artículo 13 de tal normatividad, contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores y, que no produce efecto alguna cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo; por lo que, ante la falta del suministro de transporte pactado convencionalmente, lo mínimo que se debió reconocer a la trabajadora demandante al no encontrarse acreditado que no necesitaba de este, es el valor de auxilio de transporte legal, tal y como lo dispuso la A Quo. En consecuencia, se confirmará la sentencia en tal aspecto.

#### **Sanción Moratoria.**

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, tal y como lo dispone el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T.,

En el caso de marras, se absolvió de tal sanción al establecerse que el auxilio de transporte no es una prestación social, posición que comparte esta Sala puesto que la ley no le otorga tal calidad, así como tampoco se le reconoció tal calidad de forma convencional, en reglamento de trabajo, fallo arbitral, o cualquier acto unilateral del patrono. Al respecto, se recuerda que, conforme preterita sentencia CSJ Exp.10.515 del 18 de julio de 1985, en donde se establece que, *“prestación social es lo que debe al patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convencionales colectivas o en pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecida en el Reglamento Interno de Trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencia del salario en que no es*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISAURA MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

*retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios prestados por el patrono”*

Lo dicho, también es conteste con lo expuesto por CSJ STL 2344-2013, en donde se consideró que se vulneraba el derecho fundamental al debido proceso al erigirse la condena por indemnización moratoria sobre la errada interpretación que el concepto de auxilio de transporte era equiparable al salario o a una prestación social.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00220 -01.

Demandante: **MARÍA ISaura MARTÍNEZ TRUJILLO.**

Demandado: **FLORES DE LOS ANDES LTDA.**

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**AUTO**

Atendiendo los documentos allegados al presente, obrantes en el archivo 08 de la carpeta 02 del expediente digital, se dispone:

**PRIMERO:** RECONOCER personería jurídica a la doctora Laura López Álvarez, identificada con C.C. No. 1.152.466.180 y T.P. No. 365.499 del C.S. de la J., como apoderada de Protección S.A., en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 608 del 2022. En consecuencia, TÉNGASE por revocado el poder otorgado al doctor Nelson Segura Vargas.

**SEGUNDO:** ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación, presentado por Protección S.A.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **VICTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y LA RECURRENTE**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado por él efectuado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes por él realizados; y a esta última a tenerlo como su afiliado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

### **2. Respuesta a la Demanda.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (archivos 08 y 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 10), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

### **3. Providencia Recurrída.**

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Víctor Manuel Piñeros Piñeros con la AFP Protección del 1° de agosto del 2003, contenida en el formulario No. 6358719.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**SEGUNDO:** ORDENAR a Protección a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Víctor Manuel Piñeros Piñeros, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

**TERCERO:** ORDENAR a Protección a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante mientras estuvo afiliado a ese fondo privado de pensiones desde el año 2003, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento o valor que hubiese sido descontado de dichos aportes, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

**CUARTO:** ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1987.

**QUINTO:** Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Protección.

**SEXTO:** Se condena en costas al fondo demandado Protección S.A. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en la suma de dos (2) SMMLV, a la fecha del pago. Sin condena en costas en contra de Colpensiones.

**SÉPTIMO:** Ordénese la CONSULTA de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y a fin el Superior revise la legalidad de lo decidido.

#### **4. Argumentos de la recurrente.**

**COLPENSIONES**, manifestó que, dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que se presentó algún vicio del consentimiento, además, un error frente a un punto de derecho no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, al no tratarse de un error dirimente que afecta la esencia o validez del acto.

Precisó que se da una “indebida interpretación” del artículo 1604 del Código Civil en relación a la responsabilidad que está en cabeza exclusivamente de los fondos, la cual se convierte en objetiva, toda vez que al demandante no le exigen aportar soporte alguno que demuestre que está en la presencia de algún vicio del consentimiento al momento de afiliarse al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

RAIS y sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, apreciación que quiebra las cargas probatorias en este tipo de procesos, máxime cuando los afiliados también cuentan con el deber de asesorarse.

Expuso que existen obligaciones recíprocas por parte del demandante, las cuales se encuentran en el Decreto 2241 del 2010, siendo uno de los deberes el de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación e información y capacitación para conocer el sistema pensional y destacó, en este caso, el silencio del demandante y se entenderá que es una decisión consciente de permanecer en el RAIS.

Indicó que debe tenerse en cuenta el principio de descapitalización del sistema pensional, respecto del cual se ha manifestado la Corte Constitucional en sentencias como la T 489 de 2010, SU 062 de 2010 y la SU 130 de 2013.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Protección S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de enero de 1987 presenta aportes en tal régimen (archivo 09), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 01 de junio del 2003 (fl. 21 archivo 01 y 36 archivo 10).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 21 del archivo 01 y 36 del archivo 10, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de junio del 2003 con la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Piñeros Piñeros se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de junio del 2003) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Colpensiones en su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones al sustentar su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

De otro lado, respecto de argumento presentado por Colpensiones, referente a que el actor, tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, como lo expone Colpensiones en su recurso, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00054 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL PIÑEROS PIÑEROS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**AUTO**

**RECONOCER personería adjetiva** para actuar como apoderada sustituta de la parte actora a la Dra. Arleth Patricia Rinco Arroyo, identificada con No 52.811.153 y T.P. 202.997 del C.S.j. en los términos y para los efectos del poder conferido.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ** adelanta contra la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes, en calidad de padre, desde el 23 de junio de 1996, e intereses moratorios o indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Arnulfo José Vargas Charris falleció el 23 de junio de 1996 sin tener cónyuge o compañera supérstite; **2)** El causante convivía con sus padres al momento de su fallecimiento, quienes dependían económicamente de él en lo referente a servicios públicos, arriendo, alimentación y vestuario; **3)** Mediante Resolución 000283 del 28 de enero de 1998 se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ; **4)** A través de la Resolución 0000011629 del 23 de septiembre de 2011 el I.S.S. al dar cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta modificado por el Tribunal Superior de Santa Marta concedió pensión de sobrevivientes a la señora Aida Mercedes Charris, madre del causante, en un 100%, a partir del 22 de enero de 2007; proceso en el que no se hizo parte; **5)** El 27 de octubre de 2014 falleció la señora Aida Mercedes Charris; **6)** Solicitó el reconocimiento pensional el 09 de febrero de 2018, no obstante, se negó mediante Resolución SUB 86719 del 02 de abril de 2018; y **7)** Su subsistencia dependía de la pensión de sobrevivientes reconocida a su esposa.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**COLPENSIONES** (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que, conforme a la investigación realizada para verificar la posibilidad de reconocer pensión en 2007, se logró determinar que el demandante estaba separado de su cónyuge, que abandonó su hogar y que la madre del causante tuvo que laborar para sacar a sus hijos adelante; y que la prestación se reconoció en virtud de una decisión judicial que hizo tránsito a cosa juzgada.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la existencia del derecho pensional de sobrevivientes a favor del actor.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**SEGUNDO:** En consecuencia, **CONDENAR** a COLPENSIONES a RECONOCER Y PAGAR al demandante, la pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones efectuadas en la Ley 797 de 2003, prestación que será reconocida a partir del 09 de abril de 2018, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, suma que deberá incrementarse anualmente; junto con el retroactivo pensional desde la fecha de causación y hasta cuando se haga efectivo su pago y mesadas pensionales adicionales de cada año.

**TERCER: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el reconocimiento de intereses moratorios, a partir del 9 de abril de 2018, a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES. Tásense por Secretaría

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está demostrado el fallecimiento del señor Vargas Charris, así como su calidad de afiliado al I.S.S., y que se le reconoció pensión de sobrevivientes a la señora Aida Mercedes Charris por mandato judicial; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia se debe acreditar una dependencia económica por parte del padre hacia su hijo, sin que sea necesario que sea absoluta o total; que conforme a la prueba testimonial se logra determinar que el actor dependía de su hijo fallecido; que no operó cosa juzgada, ya que, en su momento no estudió por parte del aparato judicial su solicitud pensional; que la prestación debe reconocer la prestación desde el 09 de abril de 2018, pues desde tal fecha se debía ordenar el reconocimiento pensional; y que hay lugar a intereses moratorios, como quiera que se presentó la solicitud con el lleno de los requisitos legales, sin lograr su pago.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

**COLPENSIONES** señaló que no está obligada a reconocer la prestación ya que cumplió a cabalidad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta; que en dicha sentencia se indicó que la señora Aida Mercedes Charris, a quien se le otorgó la pensión, era una mujer separada y que se había hecho cargo de sus hijos por el abandono de su padre; que por lo anterior, operó cosa juzgada, se cubrió el riesgo a quien solicitó la prestación, y con la decisión se genera inseguridad jurídica; y que se presentaría un engaño en caso de prosperar esta acción en el proceso que se adelantó anteriormente, así como un fraude al sistema pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del demandante como consecuencia del fallecimiento de su hijo, Arnulfo José Vargas Charris? y, ¿es dable el reconocimiento de intereses moratorios?

#### **Tesis**

Revocar la decisión de primer grado.

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

#### **De la Pensión de Sobrevivientes a favor de los Padres Dependientes.**

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Arnulfo José Vargas Charris -23 de junio de 1996- (fl. 28 del archivo 18), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original; normas que establecen que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste se encuentre cotizando y hubiera alcanzado 26 semanas o, en caso de no estar cotizando al menos dicha cantidad de semanas haberlas aportado dentro del último año inmediatamente anterior al fallecimiento y, que son beneficiarios, entre otros, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este.

En cuanto a la dependencia económica, es necesario precisar que el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias CSJ Rad. 30992 del 05 de febrero de 2008, CSJ Rad. 46892 del 03 de diciembre de 2014, y CSJ SL5292-2018, en la que se señaló que mientras estuvo en vigor el enunciado que sobre el requisito de dependencia económica *“de forma total y absoluta”*, dicha dependencia está concebida bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, lo que no descarta *“que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”*.

Igualmente, en sentencias CSJ SL4811-2014 y CSJ SL14923-2014, se expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual se han identificado dos condiciones a saber: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y ii) una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe cumplir los siguientes parámetros: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente (CSJ SL 4483-2021)

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (CSJ Rad. 52770 del 04 de diciembre de 2013) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (CSJ Rad. 44701 del 19 de noviembre de 2013).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Descendiendo al caso, observa la Sala que en el proceso está acreditado que el demandante es padre del causante, según partida de bautismo y registro civil de nacimiento allegada a folios 71 del archivo 01 y 30 del archivo 18.

Así las cosas, se procede a verificar si se acreditó la dependencia económica en los términos expuestos, frente a lo que se encuentra que según los testigos Edilma Oneida Vargas Charris y Belinda María Jiménez Padilla el actor le indicó a Aida Mercedes Charris que hiciera el trámite debido a que él era una persona de poco estudio y ella se desenvolvía mejor al momento de hablar; que ellos nunca se separaron hasta el fallecimiento de ella; que vivían en Aracataca en el barrio El Pradito; que la señora Charris omitió el detalle que el demandante era el padre del causante porque al actor no le gustaba ir a oficinas y, porque como la que se iba a encargar de ir al banco era la primera; que el actor depende de la testigo Edilma Oneida Vargas Charris- su hija-; que el demandante no tiene un ingreso fijo o una pensión que le permita subsistir; que el accionante está enfermo de la columna; y que no se le reconoció la pensión al demandante a pesar de ser padre del causante, porque es una persona sin estudios que se la pasaba en el monte y, este le dijo a la señora Charris que se hiciera cargo del trámite de la pensión.

En similar sentido, rindieron declaración de forma extraprocésal Pedro Guillermo Santoya Angulo y Pedro Jacob Pacheco Vargas quienes manifestaron que el demandante convivió con la señora Charris hasta el fallecimiento de esta; y que en vida del causante el actor dependió económicamente de este en alimentación, vivienda, vestuario, salud, y en todo lo relacionado con su manutención (fls. 9 y 10 del archivo 18)

En cuanto al valor probatorio de dichas declaraciones habrá de rememorse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocésales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación no se requirió por ninguna de las partes, pueden ser valoradas en el sentido aludido por la H. Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, se allegó sentencia del 07 de julio de 2010 dentro del proceso 47-001-31-05-03-2010-011-00 adelantado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, en el que figuró como demandante la señora Aida Charris López y en el que se ordenó en calidad de madre del causante una pensión de sobrevivientes (fls. 31 a 47 del archivo 01); sentencia que sería modificada parcialmente en cuanto al valor del retroactivo e intereses moratorios mediante sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta el 26 de octubre de 2010 y, que sería acatada por el extinto I.S.S. mediante Resolución 11629 del 23 de septiembre de 2011, ordenándose el reconocimiento pensional a favor de la señora Charris López (fls. 17 a 20 y 141 a 157 del archivo 18).

En este punto, se esclarece que no operó el fenómeno de la cosa juzgada frente a la sentencia de la referencia, como quiera que para que opere tal fenómeno conforme a CSJ Rad. 39366 del 23 de octubre de 2012, reiterada en la CSJ Rad. 54726 del 24 de junio de 2015, y en la CSJ SL1881-2021, el nuevo proceso debe versar sobre el mismo objeto, causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos debe existir identidad jurídica de partes; no obstante, en dicho proceso tal y como se advirtió por el Juez de Primera Instancia no se debatió la situación pensional del aquí demandante, JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ, pues no fue parte en tal proceso, por lo que claramente se carece del elemento de la identidad de partes.

Aclarado ello, y para efectos de verificar si es dable el reconocimiento pensional en todo caso es necesario advertir que dentro del trámite administrativo adelantado por Aida Charris López ante el I.S.S., se allegaron declaraciones extraprocesales de Donaldo Rafael Ayala Restrepo José Francisco Cantillo Figueroa quienes únicamente dieron cuenta de la situación de dependencia económica y vulnerabilidad de esta; mismas circunstancias fácticas de la que dio cuenta en declaración extraprocesal Aida Charris López (fls. 34, 35 y 44 del archivo 18).

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Sin embargo, en investigación adelantada por el I.S.S. y visible a folios 48 a 54 del archivo 18, la señora Aida Charris López señaló:

**PREGUNTANDO:**

Cual es su Estado Civil? Y donde vivía antes del fallecimiento del causante fallecido y donde vive en la actualidad? De quien dependía usted y de quien depende actualmente?

**CONTESTO**

Soy una mujer casada pero separada, cuando Arnulfo contaba con 4 años de edad, su papa' nos abandono y como no tuvo responsabilidad con nuestros hijos me tuvo que sacar adelante. El hijo mayor se organizo y dentro de sus posibilidades me colaboro. Arnulfo comenzó a trabajar y mis hijos y yo dependíamos económicamente de él. Al fallecer mis 2 hijos me dedique junto con mi hijo a preparar y vender bollos, gasepas asadas y fritos. De su venta dependo totalmente

**PREGUNTANDO**

Lo anterior, fue corroborado por el testigo Jaime Vargas, hermano del demandante, Hermis María Vicente de Ortiz, y Hermogenes Antonio Bolaño Brochero (fls. 176 y 177 del archivo 18).

En ese orden de ideas, y conforme al acervo probatorio narrado, considera la Sala que no se encuentra fehacientemente demostrada la dependencia económica del demandante hacia su hijo fallecido, pues como quedo visto en el trámite administrativo iniciado por la señora Aida Charris López, esta señaló que el actor abandonó el hogar y a su hijo con cuatro años de edad; declaración que sería corroborada por el hermano del demandante, y dos testigos más, últimas declaraciones que se realizaron de forma libre y voluntaria a través de declaraciones extraprocesales, como se adujo previamente y ni siquiera hicieron parte de la investigación administrativa.

En igual sentido, las testigos Edilma Oneida Vargas Charris y Belinda María Jiménez Padilla tratan de justificar tales declaraciones con base en los estudios del actor y su renuencia a realizar trámites administrativos, no obstante, ello no explica realmente el porqué de la declaración de la señora Aida Charris López, pues no se entiende porque tendría que señalar que su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

esposo la abandonó cuando su hijo apenas tenía cuatro años así como tampoco por qué no solicitó la prestación de forma conjunta con quien presuntamente estaba conviviendo y también dependía del causante; misma circunstancia que acaece con Pedro Guillermo Santoya Angulo y Pedro Jacob Pacheco Vargas, quienes manifestaron someramente la existencia de una convivencia pero ni siquiera trataron de justificar el por qué no se solicitó la prestación de sobrevivientes previamente por el demandante.

En consecuencia, no se tiene certeza que del aporte que suministraba el causante a su padre fuera cierto, por lo que, ante tal escenario se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar, se ABSOLVERÁ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00400 -01.

Demandante: **JOSÉ DE LA CRUZ VARGAS SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

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



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00464 -01.

Demandante: **WILLIAM ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ.**

Demandado: **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **WILLIAN ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 02 de noviembre de 2009 al 01 de diciembre de 2020, que tenía derecho a un salario equivalente al mínimo legal y, que fue despedido de forma indirecta. Como consecuencia de lo anterior, solicita salarios y diferencias salariales dejadas de pagar, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, subsidio familiar, aportes a pensión, sanción por no consignación de las cesantías indemnización moratoria, e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00464 -01.

Demandante: **WILLIAM ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ.**

Demandado: **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 02 de noviembre de 2009 fue contratado por la demandada para cuidar un parqueadero de propiedad de esta, ubicado en el barrio Bosa Brasil; **2)** Vivía en el parqueadero, debiendo pagar arriendo y servicios públicos; **3)** tenía el deber de abrir y cerrar el parqueadero; llevar el control de vehículos que ingresaban, de los que habían sido lavados, y que no tuvieran daños; revisar cuentas de los demás trabajadores; y entregar carros; **4)** En 2015 fue trasladado a trabajar al Lavaautos Lujos y Sonido Car Wash FM de propiedad de la demandada; **5)** Le pagaban \$250.000, a partir de mayo de 2019, \$300.000, y desde marzo de 2020, \$100.000; **6)** Tenía un solo día de descanso a la semana; **7)** Su labor la ejecutaba de forma personal y siguiendo las instrucciones de la demandada; **8)** No le pagaron las acreencias laborales que reclama ni fue afiliado a seguridad social; y **9)** Recibía malos tratos de la demandada hacia su persona y, su hijo, por lo que el 01 de septiembre de 2020 presentó renuncia, en suma a la falta de pago de sus salarios, prestaciones sociales y vacaciones.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ** (archivo 16), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que recibió una carta de renuncia del actor. Adujo que el demandante en ningún momento estuvo vinculado a su servicio, así como tampoco se presentaron los elementos propios de una relación laboral.

## **3. Providencia Recurrída.**

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe medio probatorio alguno que permita establecer el elemento de la prestación del servicio, puesto que no hay documental que dé cuenta de esto, por demás que fueron elaborados por la parte actora- misma razón por la que no resulta suficiente su interrogatorio de parte-, así como tampoco es dable colegir tal

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00464 -01.

Demandante: **WILLIAM ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ.**

Demandado: **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

elemento del testimonio recepcionado, puesto que no conoce la relación laboral, guardaba su carro, y únicamente le constaba que estaba dentro del parqueadero.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

La **parte actora** adujo que existió un contrato realidad, toda vez que las pruebas, como el interrogatorio de parte y el testimonio, dan cuenta de la prestación de servicio en el parqueadero y lavadero de la propiedad de la demandada; que aunado a lo anterior, si bien el actor manifestó que laboraba recogiendo verduras en Bogotá, esto lo hizo mientras estuvo en el parqueadero, por el contrario, en el lavadero fue claro en manifestar que devengaba un porcentaje y un sueldo; que este interrogatorio no es malicioso, y se puede establecer que tenía un día de descanso, cumplía un horario de trabajo, debía supervisar los carros, su hermano en ningún momento pagó algún tipo de salario y que era la demandada o su hijo quienes impartían órdenes; y que se debe tener en cuenta que las impresiones del demandante puede ser consecuencia de nivel de estudios.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00464 -01.

Demandante: **WILLIAM ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ.**

Demandado: **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

¿Es dable en virtud del principio de la primacía de la realidad considerar que entre las partes existió un contrato de trabajo?

### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

### **Del Contrato de Trabajo. Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.**

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la

prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que a folios 7, 8 y 13 del archivo 01 obra renuncia por parte y liquidación de prestaciones sociales elaborada por el actor, documentos que son insuficientes para establecer el elemento de la prestación del servicio, pues fueron realizados por el mismo demandante. Al punto, se rememora que, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020, por lo que al ser tales documentos elaborados por el actor no permiten establecer con certeza la existencia de una prestación del servicio y, por ende, una relación laboral.

Igualmente, a juicio compareció a rendir interrogatorio de parte el demandante, prueba que de igual manera es insuficiente para tener por acreditado el elemento de la prestación del servicio, pues aunado a que nadie puede constituir a su favor su propia prueba, recuérdese que la finalidad de estas pruebas es lograr la confesión de la parte.

Así mismo, compareció a rendir declaración en calidad de testigo Carlos Freyde Torres Cruz, no obstante y, si bien de tal testimonio se puede colegir que el demandante entre 2009 o 2010 hasta 2014 hizo presencia en un parqueadero de propiedad de la demandada, no se puede establecer con certeza si tal situación se debía a la existencia de una relación laboral. En efecto, nótese como sólo informa que guardaba su vehículo en tal parqueadero, que por ello pagaba un canon a la demandada, que quien le abría la puerta y lo atendía era el actor, empero, manifiesta que no veía a la demandada, que no vio que la demandada le diera órdenes y, que simplemente se lo encontraba en la noche.

En ese orden de ideas, ante el insuficiente material probatorio considera la Sala que le asiste razón a la A Quo al considerar que no obran suficientes pruebas para determinar que el actor le prestaba un servicio personal a la demandada y, en consecuencia que la relación que existía entre ellos era de tipo laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00464 -01.

Demandante: **WILLIAM ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ.**

Demandado: **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023 por parte del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

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

Los Magistrados,

  
**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00464 -01.

Demandante: **WILLIAM ARNOLDO CUADROS SÁNCHEZ.**

Demandado: **MARÍA IDALID MENDOZA RODRÍGUEZ.**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

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

  
**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO** adelanta contra **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.**, y la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., así como su traslado posterior a COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. devuelva todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración, comisiones; y que COLPENSIONES acepte su traslado junto con los rubros aludidos.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

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

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (archivos 10 a 12) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La primera, también impetró la excepción de compensación.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. efectuado el 25 de enero de 2000 y el que posteriormente efectuó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS el 1° de junio de 2001.

**SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales.

**TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes PORVENIR S.A. y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas.

**SEXTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

**COLPENSIONES** expuso que no se dan los requisitos para declararse la ineficacia de traslado, pues la actora suscribió de forma libre y voluntaria los formularios de afiliación, lo que desdibuja cualquier tipo de engaño; que la actora conocía que sus aportes estaban en una cuenta de ahorro individual y que recibía extractos, por lo que, sí estaba enterada de su situación pensional y pese a ello no solicitó información adicional al fondo ni a COLPENSIONES; que no es dable desconocer los requisitos del traslado porque ahora le resulta más favorable a la actora estar uno o en otro régimen; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de traslado así como lo establecido por la sentencia SU-062 de 2010; que se debe determinar la posibilidad legal de poder accionar contra los fondos para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al tener que recibir a la demandante como afiliada y luego, como pensionada.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

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

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de noviembre de 1988 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible a folios 106 a 111 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 25 de enero de 2000 (fl.145 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

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

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 145 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de enero de 2000 con PORVENIR S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Arenas Herreño se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de enero de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que el asesor de PORVENIR S.A. únicamente le indicó que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, que el I.S.S. y las Cajas serían liquidadas, que podía perder sus aportes, y que era aconsejable el traslado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a COLFONDOS S.A. el 04 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

abril de 2001 (fl.130 del archivo 01), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A. de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien se ordenó que COLFONDOS S.A. debe

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, y primas de seguros previsionales, se ADICIONARÁ en el sentido de establecer que estos rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le correspondía a **PORVENIR S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima **debidamente indexados, comisiones**, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR la aludida indexación.

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

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

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

Finalmente, y en cuanto a la posibilidad de accionar por parte de COLPENSIONES contra los demás fondos en busca del resarcimiento de daños y perjuicios, esta entidad queda en libertad de efectuar las acciones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

que considere plausibles en razón de los daños que considere se le han generado como consecuencia de la falta de suministro de debida información por parte de sus codemandadas.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que **COLFONDOS S.A.** debe devolver los rubros establecidos en este numeral, debidamente **indexados.**

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que **PORVENIR S.A.** debe devolver los rubros establecidos en este numeral, debidamente **indexados**

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

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

**CUARTO.** – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2021-00254 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM ARENAS HERREÑO.**

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

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ACERÍAS PAZ DEL RÍO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN** adelanta contra la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 10 de septiembre de 2007 al 12 de enero de 2020; que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de su empleador; que gozaba de fuero de salud al momento de su despido; y que los viáticos permanentes y el bono no salarial constituyen salario. Como consecuencia de lo anterior, solicita el su reintegro junto con el pago de salarios, y prestaciones sociales legales y extralegales; indemnización de 180 días de salario conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997; reliquidación de aportes a seguridad social, prestaciones, vacaciones, e indemnización conforme a su salario real.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

Subsidiariamente del reintegro, solicita reliquidación de aportes a seguridad social y vacaciones, indemnización moratoria e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** Ingresó a laborar el 10 de septiembre de 2007 mediante contrato de trabajo a término indefinido;
- 2)** Su último cargo fue el de Director de Departamento Comunitario con una asignación mensual de \$14'461.000;
- 3)** El 01 de septiembre de 2018 fue asignado por Carolina Zapata, Directora de Responsabilidad Social, a Ubalá- Cundinamarca, apoyando la apertura de la mina Las Mercedes;
- 4)** Por lo anterior, empezó a viajar constantemente desde su residencia en Nobsa- Boyacá a Ubalá- Cundinamarca de lunes a viernes; motivo por el que le fue asignado para su transporte un campero;
- 5)** Su labor implicó el pago de viáticos permanentes de manutención y alojamiento;
- 6)** Con ocasión a dichos viajes empezó a presentar dolores lumbares que fueron empeorando hasta que estuvo bloqueado e inmóvil, tuvo que ser llevado de urgencias a un centro médico, y presentó incapacidades; lo anterior, siempre lo informó a sus superiores;
- 7)** El 15 de marzo de 2019 se agudizó su situación de salud, por lo que, el 18 del mismo mes y año acudió ante el médico por control de cirugía de rodilla, quien emitió orden de terapias lumbares;
- 8)** El 27 de abril de 2019 le fue entregado radiografía de columna lumbosacra, en la que se establece que presenta *“longitud de columna lumbosacra con desviación a la derecha. acentuación de la lordosis lumbar fisiológica. presencia de osteofitos marginales en cuerpos vertebrales lumbares. (osteofitos son PROTUBERANCIAS OSEAS NO MADURAS EN LAS VERTEBRAS CON FORMA DE ESPUELAS, QUE REFLEJAN LA PRESENCIA DE UNA ENFERMEDAD DEGENERATIVA Y CALCIFICACIÓN ÓSEA)”*;
- 9)** El 17 de mayo de 2019 comenzó a acudir al médico por sus dolencias lumbares, siendo remitido fisioterapia, e incapacitado;
- 10)** El 10 de enero de 2020 se le comunicó la terminación de su contrato sin justa causa, a lo que respondió, informando su situación de salud, lo que no fue tenido en consideración por su empleador;
- 11)** Pese a lo anterior el empleador pagó la medicina prepagada de enero y febrero de 2020;
- 12)** El 31 de enero de 2020 se le realizó cirugía en la Clínica Reina Sofía; y
- 13)** El 19 de agosto de 2021 se profirió dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, señalándose que tenía un P.C.L. del 21,5% con fecha de estructuración 31 de enero de 2020.

## **2. Al Respuesta a la Demanda.**

**ACERÍAS PAZ DEL RÍO** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de compensación y prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, así como extremos temporales, último cargo, y salario; la terminación del contrato de trabajo; y la calificación efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.

Adujo que el salario del demandante era integral y por ello, contenía los recargos salariales de toda clase, primas, auxilios extralegales, subsidios, alimentación, alojamiento, bonificaciones; que los viáticos y bono no salarial no se pagaban como contraprestación del servicios; que no es cierto que el demandante debiera realizar sus funciones de tiempo completo en Ubalá- Cundinamarca; que el carro que se le otorgó al actor era para su desplazamiento, el que en todo caso no era permanente; que el demandante desde su examen de ingreso ya presentaba dolores lumbares, pudiendo desarrollar sus actividades con normalidad; que no le fueron comunicadas las dolencias del demandante durante la relación laboral; que pagó todas las acreencias laborales a su cargo, así como la indemnización por despido injusto; y que la fecha de estructuración del P.C.L. establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y Cundinamarca del actor es posterior a su despido, por demás que en tal momento no estaba incapacitado, con recomendaciones ni en tratamiento.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** que entre CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN y ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 10/09/2007 y finalizó el 12/01/2020 en el que el demandante desempeñó como último cargo el de Director de Relacionamento Comunitario en la Vicepresidencia de Asuntos Corporativos y devengó un salario integral por valor de \$14'461.000.

**SEGUNDO. DECLARAR** que los viáticos permanentes en la parte correspondiente a alimentación y alojamiento y la bonificación anual son factor constitutivo de salario.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

**TERCERO. CONDENAR** a ACERÍAS PAZ DEL RÍO a reliquidar y pagar a CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN las vacaciones causadas y exigibles a partir del 01/02/2019 al 12/01/2020, incluyendo para tal el efecto, la base salarial los viáticos permanentes establecidos en la relación de reembolsos aportados al expediente obrante a folios 4 a 10 del cuaderno 14, que registran como concepto: “Alimentación” y “Hospedaje” o “Alojamiento”; y la bonificación anual no salarial obrante a folio 3 del cuaderno 14 del expediente digital.

**CUARTO. CONDENAR** a ACERÍAS PAZ DEL RÍO. a reintegrar sin solución de continuidad a CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN desde el momento de la terminación el 12/01/2020, al cargo que venía desempeñando de Director de Relacionamiento Comunitario en la Vicepresidencia de Asuntos Corporativos y bajo las mismas condiciones y circunstancias pactadas inicialmente, teniendo en cuenta para el efecto las recomendaciones médicas que se impartan

**QUINTO. CONDENAR** a ACERÍAS PAZ DEL RÍO a reconocer y pagar a CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN los siguientes valores y conceptos:

- a. \$529'754.633 por salario integral del 12/01/2020 al 31/01/2023
- b. \$15'451.176 por vacaciones del 12/01/2020 al 31/01/2023

**PARÁGRAFO. AUTORIZAR** a la demandada a compensar de dichos valores, la suma reconocida por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

**SEXTO. CONDENAR** a ACERÍAS PAZ DEL RÍO a pagar el cálculo actuarial con destino a Colpensiones, o la que demuestre encontrarse afiliado el demandante, desde el 12/01/2020 al 31/01/2023, y a continuar efectuando los aportes sin solución de continuidad y mientras se mantenga la vigencia del contrato de trabajo. Para el efecto deberá tenerse en cuenta que el demandante devengó un salario integral por valor de \$14.461.000 del cual el 70% constituye el factor retributivo sobre el que se deben efectuar los aportes durante todo el período en el que estuvo desvinculado.

**SÉPTIMO. DECLARAR** parcialmente probadas las excepciones de prescripción y compensación propuestas por la pasiva en su contestación.

**OCTAVO. ABSOLVER** a ACERÍAS PAZ DEL RÍO de las demás solicitudes incoadas en su contra en el presente asunto por CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.

**NOVENO. COSTAS.** Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de una relación laboral ni los extremos temporales; que si bien conforme interrogatorio de parte del representante legal de la demandada y la prueba testimonial eran habituales los viáticos por alojamiento y alimentación por las funciones que tenía el demandante con las comunidades, las partes pactaron otro sí al contrato de trabajo en el que establecieron que el pago de un salario integral, señalando que tal rubro haría parte de esta asignación; que pese a lo anterior, no compensa vacaciones, por lo que es dable la reliquidación de vacaciones, no obstante y, como únicamente se acreditó viáticos permanentes establecidos en la relación de reembolsos aportados al expediente obrante a folios 4 a 10 del cuaderno 14, que registran como concepto alimentación, hospedaje o alojamiento, el reajuste se hará con base en estos; que únicamente se

reajustaron las vacaciones del 01 de febrero de 2019, pues las anteriores se encuentran prescritas; que si el bono anual se pagaba como contraprestación del servicio, pues era consecuencia del rendimiento y representación de los trabajadores, también se encuentra incluida en el pacto de salario integral, por lo que, únicamente procede con ello, el reajuste de vacaciones; que hay lugar a reintegrar al demandante en consideración a su estado de salud, como quiera que los exámenes, historia clínica, examen médico ocupacional, dictamen de pérdida de capacidad laboral y declaraciones testimoniales es dable colegir que el demandante padecía de diversas patologías lumbares que permanentemente lo inmovilizaban, así como que tenía un P.C.L. del 21,5%, además que tal situación era conocida por el empleador y que este pese a ello, decidió finiquitar su contrato de trabajo; que por lo anterior, se entiende que el despido del demandante fue discriminatorio por gozar el actor de fuero de salud; y que como consecuencia de lo anterior, se deben pagar salario integral dejado de pagar, vacaciones, y aportes a pensión.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

**ACERÍAS PAZ DEL RÍO** adujo lo que se pagaba por viáticos no era como retribución del servicio que prestaba el actor ni su enriquecimiento, sino para que no incurra en gastos en alojamiento y alimentación cuando se está por fuera de la labor ordinaria; que el bono anual era para incentivar la producción en caso de metas, como podría no lograrse, es un beneficio de mera liberalidad; que frente a la estabilidad laboral reforzada es gravoso que se tenga un fuero con carácter vitalicio, pues el actor ya presentaba dolencias que se fue agravando con el paso de los años, por lo que, no podía condenarse a la empresa; que aunado a ello, dónde está el reporte del trabajador que adujo el testigo que pudiera permitir establecer a la empresa de sus padecimientos; que la agravación de la enfermedad se no se da por acciones típicas de la empresa; que la calificación de pérdida de capacidad laboral se expide dos años después del retiro del actor, configurándose su situación de salud, luego de terminada la relación laboral, con una cirugía que se hizo con posterioridad; que los fueros no son eternos, el demandante iba a sus diligencias, prestaba sus servicios, no tenía dolencias

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

permanentes; y que dicho dictamen no está basado en una situación médica anterior a la relación laboral.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable tener como salario los viáticos y el bono anual percibidos por el empleador?, y ¿hay lugar al reintegro deprecado por el demandante en virtud de su condición de salud al momento de la terminación de la relación laboral o en subsidio, indemnización por despido sin justa causa?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Salario.**

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

*especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”.*

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

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

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que el juez de primera instancia tuvo que era salario los conceptos denominados “viáticos” y “bono anual”. Al respecto, se encuentra que se allegó otro sí al contrato de trabajo del 10 de septiembre de 2007, en el que se verifica que el demandante a partir del 01 de septiembre de 2008 devengaría un salario integral, dejándose constancia que esta suma además de retribuir el trabajo ordinario, compensaría prestaciones sociales, recargos salariales de toda clara, primas, y auxilios extralegales, subsidio, alimentación y alojamiento en dinero o especie, bonificaciones y premios de toda naturaleza, trabajo y descansos dominicales y festivos, incidencia salarial de los viáticos constitutivos de salario cuyo valor se canceló por fuera y en fin todos los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

demás derechos legales y extralegales que existan o se pague en el futuro, salvo vacaciones (fls.58 del archivo 01).

De esta manera, tal y como lo advirtió el A Quo los valores referentes a viáticos y bonificaciones como el bono anual quedaron inmersos dentro del salario integral, siendo únicamente dable en tal sentido reajustar las vacaciones, en caso de avizorarse que se reconocían como contraprestación del servicio, o determinarse su habitualidad, caso en el cual le corresponde el empleador demostrar que no tiene como fin pagar servicios desplegados por el trabajador.

En cuanto a los viáticos, el artículo 130 del C.S.T establece que aquellos que se reconocen de forma permanente constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento. En igual sentido, CSJ Rad. 46224 del 22 de febrero de 2017, y SL3828-2021, señala que de la literalidad del artículo 130 del C.S.T, deviene que fue voluntad del legislador distinguir entre viáticos permanentes y accidentales, de manera que, para que el Juez pueda evaluar tales aspectos, debe verificar la labor o actividad que el servidor despliega en beneficio de su empleador y la periodicidad, habitualidad o frecuencia de los desplazamientos.

Dicho ello, encuentra la Sala que a folios 59 a 61 del archivo 01 se allegó certificación donde constan las funciones realizadas por el demandante el último cargo que desempeñó, esto es, como Director de Relacionamiento Comunitario, señalándose las siguientes: orientar las acciones de responsabilidad social a fin de garantizar el cumplimiento de las metas establecidas por la compañía y los compromisos que se establezcan en los planes de manejo ambiental y demás documentos firmados con autoridades competentes, en lo relacionado con la gestión social; identificar y proponer acciones oportunas frente a los riesgos socio ambientales (aspectos e impactos) asociados a las operaciones, al mismo tiempo, estructurar objetivos, metas, programas de gestión e indicadores de desempeño social para las operaciones de APDR y MPDR, generando una cultura orientada hacia el establecimiento de buenas prácticas de relacionamiento con comunidades; mantener permanente comunicación

con autoridades y comunidades en los municipios de las zonas de influencias de la empresa a fin de dar respuesta a sus inquietudes y garantizar información oportuna sobre riesgos externos que afecten el normal funcionamiento de las operaciones de extracción, transporte o transformación de la Compañía; coordinar con los Directores de las operaciones de minas y planta, las acciones de comunicación y concertación con autoridades y comunidades de los municipios de las zonas de influencia de la empresa a fin de garantizar el cumplimiento de las políticas de responsabilidad social; diseñar y definir la participación de la empresa en proyectos de intervención comunitaria, orientados a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de los municipios de las zonas de influencia de la empresa; y mantener permanente relacionamiento con corporaciones medioambientales a fin de lograr acercamientos y garantizar información oportuna sobre aspectos ambientales que afecten o favorezcan la viabilidad de los proyectos de la empresa.

Del mismo modo, a folios 4 a 19 del archivo 14 se avizoran los diversos reembolsos que se efectuaron a favor del demandante por concepto de viáticos, así como su habitualidad y permanencia; lo que cobra mayor fuerza, si se tiene lo expuesto por los testigos Rogelio Villamizar Osorio, y María Mora Cárdenas, de quienes se puede colegir que en virtud de las reuniones que tenía el actor los lunes en Belencito, y en Ubalá donde permanecía desde el lunes en la tarde hasta el viernes, en virtud a que era tenía dentro de sus funciones las responsabilidad de organizar reuniones con la comunidad, autoridades del municipio y del Ministerio de Minas o con los dueños de los terrenos para informar sobre la apertura de la mina, realizaba viajes de forma constante en representación de la empresa, efectuado gastos por alojamiento y alimentación, que posteriormente era pagados por la empresa; misma manifestación que se realizó por el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte, pues adujo que a todos los funcionarios que por alguna razón deben desplazarse a algún lugar, se les asigna un monto inicial asignado para cubrir sus gastos, pero está supeditado a cuanto se gasta, que estos gastos van dirigidos a alimentación y hospedaje, que eran retribuidos mediante el salario integra y, que, el actor era el Director de Relacionamiento y esto

implicaba que tuviera que desplazarse a Ubalá para interactuar con diferentes autoridades.

Por tanto, le asiste razón al A Quo en tener tal valor como salario e integrante del salario integral que se pagaba, no obstante, y como quiera que la suma que se reconocía por tal concepto no cubría lo referente a vacaciones, resulta razonable ordenar la reliquidación de este rubro.

En cuanto al bono anual, a folio 3 del archivo 14 se logra ver que se pagaba en febrero de cada año; no obstante, y conforme a lo informado por los testigos aludidos, para el reconocimiento de dicho bono era necesario cumplir metas, y obtener buenos resultados en la producción, reuniones con comunidades, seguridad, etc. Lo dicho, es conteste con lo expuesto por el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte, quien en igual sentido manifestó que la entidad daba unas bonificaciones a los directivos de la empresa por su representación, por lo que, en tal sentido es dable colegir que tal bono se pagaba como contraprestación del servicio y, por ende, que debía ser teniendo en cuenta como salario.

Sin embargo, y como quiera que el bono anual también hacía parte del salario integral, únicamente sería dable el reajuste de vacaciones, tal y como lo dispuso el A Quo. En consecuencia, en cuanto a los valores que el juez de primera instancia tuvo como constitutivos de salario la sentencia se confirmará.

#### **Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación

moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «*por razones de su limitación física*», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: “*(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)*”.

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: “*(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (iii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)*”.

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a

mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *“los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que de permitirse la anterior

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad “*que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral*”; criterio que reiteró en sentencia SL1152-2023.

Del mismo modo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2013 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

Sentadas las anteriores premisas, encuentra la Sala que de la condición de salud del demandante se tiene constancia que se aportó historia clínica en la que consta que desde el 21 de noviembre de 2011 presenta dolores lumbares; que el 20 de agosto de 2006 se determinó que el demandante padecía de escoliosis, radiculopatía, y dolor lumbar incapacitante; que en examen del 04 de septiembre de 2011 el actor refería un antecedente de hernia discal de hace siete años aproximadamente (2004) y que presentaba dolores lumbares; que el 27 de febrero de 2012 se diagnosticó que el demandante presentaba dolor lumbar irradiado a miembro inferior izquierdo; que en mayo y el 30 de septiembre de 2019 el demandante acudió a su médico por dolor lumbar y dorsal, estableciéndose el 05 de octubre del mismo año que presentaba una pequeña curva de escoliosis lumbar izquierda de 7°, lesión de apariencia benigna que sugiere hemangioma en la región anterior al cuerpo vertebral de L2, cambios mínimos de discopatía degenerativa L4-L5 y L5-S1 por disminución en la intensidad de señal y protusión en sentido posterior del anillo fibroso sin comprometer la amplitud del canal medular de los neuroforámenes, y cambios mínimos artrósicos interfacetarios L4-L5 y L5-S1, siendo remitido a terapias físicas; mismas razones por las que iría a la Clínica Reina Sofía el 28 de noviembre de 2019 y le sería programada cirugía el 30 de enero de 2020, que se ejecutaría al día siguiente, así como el posterior tratamiento en virtud de tales dolencias (fls. 121, 148 a 153, 164 a 206 y 210 a 246 del archivo 01)

Igualmente, en examen efectuado por la demandada el 30 de octubre de 2014 se advirtió que el demandante tenía como antecedentes una hernia discal lumbar y una lumbalgia en 2005; en examen del 27 de noviembre de 2015 se señaló que el trabajador presentaba alteraciones posturales leves, debilidad leve de musculatura abdominal y espinales altos, y retracciones leves de isquiotibiales y cuádriceps; y en examen de egreso del 15 de enero de 2020 se evidenció que presentaba lumbociática bilateral, protusiones discales L4-L5 y L5-S1 (fls. 66 a 74, 85, 118 a 120 del archivo 01).

Del mismo modo, en dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá que el demandante presentaba un P.C.L. del 21,5% con fecha de estructuración del 31 de enero de 2020 con un

diagnóstico de “Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales”, para lo cual hizo un estudio clínico de la patología lumbar del accionante teniendo en cuenta exámenes proferidos por Ortopedia, Medicina General, Optometría y Neurocirugía desde el 29 de octubre de 2018 (fls. 283 a 288 del archivo 01).

De esta manera, para la Sala es claro que el accionante presentaba una deficiencia física originada en una condición especial en su zona lumbar que no era temporal ni transitoria, por lo que, ciertamente tal patología puede impedir al trabajador su integración profesional o el desarrollo de sus roles ocupacionales, por cuanto al desempeñar laborales como Director Relacionamento Comunitario se encontraría con restricciones o desventajas frente a otros trabajadores en iguales condiciones, al tener que realizar constantemente traslado o viajes para realizar reuniones con tales comunidades.

En ese sentido, de los testigos Rogelio Villamizar Osorio y María Mora Cárdenas se puede colegir que el actor estaba sufriendo problemas de la columna en 2019 en razón de los desplazamientos que debía realizar para atender comunidades; que debido a sus problemas de columna le tocó en algunas ocasiones dejar el vehículo que tenía asignado en Ubalá-Cundinamarca porque no podía conducirlo; que tuvieron en algunas ocasiones que llevarlo al área médica de urgencias por sus fuertes dolores de espalda; que informaron a la empresa que el actor tenía graves problemas médicos con su columna; que el doctor de la empresa, Luis Abelardo Becerra tenía conocimiento sobre los problemas de salud que padecía el demandante y que estaba a pocos días de una cirugía al momento de su desvinculación, que también le fue comunicada a la jefe inmediata del actor, Carolina; que el Dr. Becerra ejercía como médico de trabajo en el área de salud industrial y salud ocupacional de la entidad, por lo que realizaba los exámenes de ingreso de los trabajadores, practicaba los exámenes anuales a todos los empleados y de daba las recomendaciones pertinentes a los jefes sobre si algún trabajador padecía de alguna enfermedad; y que antes de 2018 no recuerdan de problemas de salud del actor.

Por su parte, Juan Pablo Danetra, quien realizó el examen de egreso del actor manifestó que dentro de los antecedentes patológicos del actor se encontraba su discopatía lumbar; que en enero de 2020 no le encontró ninguna limitación física al actor, pues este era un examen general y básico; que dicha discopatía lumbar que sufría el demandante no fue impedimento para ejerciera sus funciones durante su vinculación con la empresa; que en los antecedentes clínicos del demandante no hay ningún registro de limitaciones para ejercer sus funciones; y que no encontró ninguna limitación física que el actor ejerciera sus actividades cotidianas como caminar, acostarse, levantarse, etc.

Así las cosas, es dable considerar que por la condición de salud que presentaba el demandante este gozaba de una protección reforzada, pues si bien ingresó con una patología lumbar, este se fue agravando con el paso de los años, y llegó a presentar tal gravedad que desde 2018 el actor no podía realizar sus actividades con normalidad y se quejaba de fuertes dolores lumbares; estado que era conocido por el empleador, pues aunado a lo que mencionan los testigos, esto es, que manifestaron la situación de salud del trabajador al empleador y aun así le terminaron su vínculo laboral, se avizora que el demandante acudió frecuentemente a terapias desde la anualidad aludida, que le eran practicados anualmente exámenes ocupacionales por parte de la empresa, al momento de ser finiquitado el nexo contractual recordó su situación de salud, lo que también se encuentra plasmado en el examen de egreso en donde se plasmó que presentaba lumbociática bilateral, y protusiones discales L4-L5 y L5-S1

De esta manera, sería dable presumir que la terminación del trabajador fue con ocasión del estado de salud aludido, finiquito que al ser unilateral y sin justa causa, no se fundamentó en razones que permitiera considerar que tal finalización obedeció a razones diferentes que a la situación de salud del demandante.

Por lo brevemente expuesto, se considera que le asiste razón al A Quo en las condenas impetradas contra la demandada, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 02 de febrero de 2023 por parte del Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**SEGUNDO.** –. Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

(Impedido)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00049 -01.

Demandante: **CARLOS ANDRÉS LÓPEZ RINCÓN.**

Demandado: **ACERÍAS PAZ DEL RÍO.**

### **AUTO**

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$1'500.000.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**AUTO**

**NO ACEPTAR** la renuncia de poder elevada el 04 de agosto de 2023 por el Dr. Diego Alexander Gaitán Contreras identificado con C.C. 1'020.722.652 de Bogotá y T.P. 207.475 del C.S. de la j. como apoderado de SALUD TOTAL E.P.S., como quiera que no allegó comunicación enviada a su poderdante en la que pusiere en conocimiento la renuncia al mandato concedido, conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **SALUD TOTAL E.P.S.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO** adelanta contra la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 05

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

de abril de 2010 al 27 de mayo de 2021; que los beneficios denominados bonificación no salarial, medios de transporte, subsidio de transporte extralegal, y beneficio voluntario empresa eran salario; y que su último salario era la suma de \$2'422.139. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud y pensión; sanción por no consignación de las cesantías; sanción por no pago de intereses a las cesantías; e indemnización moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** Suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 05 de abril de 2010 para desempeñar el cargo de Ejecutivo de Cuenta; el que finalizó el 27 de mayo de 2021; **2)** Se pactó un salario básico de \$1'031.000, así como un Incentivo de Transporte y/o Alimentación por \$329.000 y, un Auxilio de Transporte Extralegal por \$211.000, señalándose que no constituían salario; **3)** El 30 de agosto de 2010 suscribió otro sí denominado “Políticas para el pago de INCENTIVOS O AUXILIOS EXTRALEGALES DE TRANSPORTE EJECUTIVOS DE CUENTA” un valor para pagar transporte de visitas para lograr crecimiento neto de afiliaciones, gasto de transporte con el objeto de fidelizar e incrementar el número de traslados de otras E.P.S. hacia SALUD TOTAL, y gasto de transporte de visitas para lograr crecimiento neto de afiliaciones en empresas; **4)** El 01 de agosto de 2016 suscribió nuevo otro sí, en el que se pactó medios de transporte extralegales por gestión de cartera, y consideraciones adicionales para el pago de los medios de transporte extralegales por gestión de cartera; **5)** No se pagó aportes a seguridad social en salud sobre el verdadero salario ni que los valores pagados por concepto de bonificación no salarial, medios de transporte, subsidio de transporte extralegal, y beneficio voluntario se hubieran tenido en cuenta como salario para el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social; y **6)** De acuerdo con el Pacto Colectivo suscrito en 2002 tales valores son salario, por demás que se pagaba como contraprestación de sus servicios.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**SALUD TOTAL E.P.S.** (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de compensación y prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, así como extremos temporales, y cargo; que el salario pactado era la suma de \$1'031.000; y que se hizo un pacto de exclusión salarial.

Adujo que pactó con el demandante cláusulas de desalarización con plenamente eficaces, pues este provenía de un acuerdo de voluntades, en donde lo pactado no vulnera los derechos mínimos del trabajador; que el beneficio no salarial se pagaba por mera liberalidad; que no se han pactado pagos no salariales por encima del 40%; y que todo dinero recibido dentro del al plan institucional pensional manejado por Protección S.A. no era salario, por demás que estos se conocían desde el inicio de la relación laboral.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO. DECLARAR** que, entre el actor y SALUD TOTAL E.P.S. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 05/04/2010 y finalizó el 27/05/2021, en la que el demandante se desempeñó como Ejecutivo de Cuenta y devengó un último salario básico por valor de \$1'840.000.

**SEGUNDO. DECLARAR** que los conceptos denominados medios de transporte variable o bonificación, y aporte o beneficio voluntario, son factores constitutivos de salario.

**TERCERO. CONDENAR** a SALUD TOTAL EPS a reconocer y pagar al actor los siguientes valores y conceptos:

- a. \$7'240.488 por reliquidación de cesantías.
- b. \$221.000 por intereses sobre las cesantías suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.
- c. \$1'962.472 por primas de servicio
- d. \$1'330.107 por vacaciones, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.
- e. \$ 43'093.332 Por sanción de que trata el artículo 99 Ley 50/90

**CUARTO. CONDENAR** a SALUD TOTAL E.P.S. a pagar un aporte adicional a seguridad social en pensión desde el 05/04/2010 al 27/05/2021, a Colpensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

o a la administradora a la que demuestre encontrarse afiliado el demandante, teniendo como referencia los valores que se detallan a continuación:

<i>Período</i>	<i>Valor Cotización</i>	<i>Período</i>	<i>Valor Cotización</i>
abr-10	\$ 383.750	nov-15	\$ 1.889.460
may-10	\$ 442.789	dic-15	\$ 289.460
jun-10	\$ 442.845	ene-16	\$ 2.726.312
jul-10	\$ 1.310.963	feb-16	\$ 903.312
ago-10	\$ 403.845	mar-16	\$ 1.942.312
sep-10	\$ 1.066.109	abr-16	\$ 1.211.312
oct-10	\$ 442.845	may-16	\$ 765.334
nov-10	\$ 1.395.055	jun-16	\$ 199.600
dic-10	\$ 442.845	jul-16	\$ 147.000
ene-11	\$ 353.080	ago-16	\$ 330.800
feb-11	\$ 353.080	sep-16	\$ 994.220
mar-11	\$ 353.080	oct-16	\$ 8.000
abr-11	\$ 353.080	nov-16	\$ 389.500
may-11	\$ 353.080	dic-16	\$ 2.343.809
jun-11	\$ 961.974	ene-17	\$ 0
jul-11	\$ 417.854	feb-17	\$ 640.282
ago-11	\$ 417.854	mar-17	\$ 877.509
sep-11	\$ 963.974	abr-17	\$ 1.041.970
oct-11	\$ 419.854	may-17	\$ 995.806
nov-11	\$ 1.359.854	jun-17	\$ 9.000
dic-11	\$ 1.569.854	jul-17	\$ 106.500
ene-12	\$ 343.803	ago-17	\$ 685.769
feb-12	\$ 343.803	sep-17	\$ 560.410
mar-12	\$ 1.822.803	oct-17	\$ 1.452.043
abr-12	\$ 1.023.803	nov-17	\$ 1.259.427
may-12	\$ 913.803	dic-17	\$ 1.794.427
jun-12	\$ 903.803	ene-18	\$ 757.167
jul-12	\$ 593.803	feb-18	\$ 606.857
ago-12	\$ 343.803	mar-18	\$ 0
sep-12	\$ 1.493.803	abr-18	\$ 0
oct-12	\$ 343.803	may-18	\$ 590.304
nov-12	\$ 1.143.803	jun-18	\$ 0
dic-12	\$ 1.293.803	jul-18	\$ 659.061
ene-13	\$ 288.396	ago-18	\$ 1.413.711
feb-13	\$ 288.396	sep-18	\$ 518.193
mar-13	\$ 718.396	oct-18	\$ 1.539.830
abr-13	\$ 288.396	nov-18	\$ 1.053.500
may-13	\$ 328.298	dic-18	\$ 1.234.272
jun-13	\$ 898.298	ene-19	\$ 543.348
jul-13	\$ 1.667.298	feb-19	\$ 0
ago-13	\$ 1.028.298	mar-19	\$ 1.289.957
sep-13	\$ 1.270.298	abr-19	\$ 845.208
oct-13	\$ 1.228.298	may-19	\$ 1.195.701
nov-13	\$ 1.222.473	jun-19	\$ 1.330.560
dic-13	\$ 1.022.473	jul-19	\$ 1.529.424
ene-14	\$ 688.742	ago-19	\$ 1.606.566
feb-14	\$ 258.742	sep-19	\$ 1.063.562
mar-14	\$ 1.182.631	oct-19	\$ 2.114.654
abr-14	\$ 295.108	nov-19	\$ 1.326.507
may-14	\$ 295.108	dic-19	\$ 954.213
jun-14	\$ 995.108	ene-20	\$ 1.296.665
jul-14	\$ 995.108	feb-20	\$ 215.000
ago-14	\$ 1.558.108	mar-20	\$ 1.075.301
sep-14	\$ 295.108	abr-20	\$ 986.076
oct-14	\$ 1.612.108	may-20	\$ 0
nov-14	\$ 1.195.108	jun-20	\$ 0
dic-14	\$ 295.108	jul-20	\$ 573.534
ene-15	\$ 228.393	ago-20	\$ 791.888
feb-15	\$ 228.393	sep-20	\$ 326.800
mar-15	\$ 1.128.393	oct-20	\$ 1.034.709
abr-15	\$ 1.221.393	nov-20	\$ 0
may-15	\$ 1.354.460	dic-20	\$ 1.000.000
jun-15	\$ 286.460	ene-21	\$ 500.000
jul-15	\$ 2.059.460	feb-21	\$ 500.000
ago-15	\$ 1.516.460	mar-21	\$ 500.000
sep-15	\$ 289.460	abr-21	\$ 500.000
oct-15	\$ 2.249.460	may-21	\$ 500.000

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

**QUINTO. CONDENAR** a SALUD TOTAL E.P.S. a reconocer y pagar al actor la suma de \$85.480 diarios desde el 28/05/2021 hasta que se efectúe el pago o hasta el 27/05/2023; lo que suceda primero. Y en caso de no haberse efectuado el pago dentro de los primeros 24 meses, se condenará a pagar a partir del día siguiente los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificados para créditos de libre asignación por la Superintendencia Financiera sobre el importe de las prestaciones sociales adeudadas.

**SEXTO. DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva en su contestación.

**SÉPTIMO. ABSOLVER** a SALUD TOTAL E.P.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por FABIAN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.

**OCTAVO. COSTAS.** Lo serán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral, extremos temporales y cargo; que está demostrado que el demandante recibía habitualmente los rubros denominados, bonificación no salarial, medios de transporte, y beneficio voluntario, por lo que le correspondía a la demandada demostrar que no tenían carácter retributivo, no obstante y, contrario a ello, no se logró cometido; que en efecto, habían dos rubros que se pagaban por concepto de medios de transporte, uno fijo y, otro, variable; que el primero, se pagaba los gastos de transporte del hogar al lugar de trabajo, por lo que, en tal sentido no tenía como fin remunerar directamente el servicio prestado por el demandante; que frente al segundo, también era denominado bonificación no salarial, y este estaba destinado a remunerar servicios del actor, pues se pagaban por visita, lograr el crecimiento de afiliados de la E.P.S. y por recaudo de cartera, lo que tenía relación con las funciones del demandante; que los beneficios voluntarios además de pagarse de forma habitual, ingresaban al patrimonio del actor, y no se demostró que tuviera carácter retributivo, por el contrario se podían disponer de las mismas cuando el trabajador quisiera; que por lo anterior, hay lugar a reajustar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión; que operó prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 16 de marzo de 2019, pues se demandó el mismo día y mes de 2022; que el aporte voluntario se pagó hasta el 30 de abril de 2016, por lo que, se encuentra totalmente extinguido; y que hay lugar a sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, dado que no se aporta prueba para establecer que la conducta del empleador se asusta a criterios de buena fe, su defensa se basa en quitar el carácter salarial a los rubros en estudio.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

**SALUD TOTAL E.P.S.** adujo que no se aplicó en debida forma las disposiciones de los artículos 127 y 128 del C.S.T. en el auxilio de transporte variable y los beneficios reconocidos en cada uno de los otros sí; que frente al primero, no se tuvo en cuenta la confesión del demandante, pues este señaló que no realizaba afiliaciones efectivas sino que lo hacía el Asesor Comercial, de modo que, dependía de un tercero, no era una retribución directa de sus servicios, sino en razón de sus desplazamientos de sus obligaciones contractuales, cubrir tal circunstancia; que frente a los beneficios, estos según los otros sí se reconocían en incapacidades, ausencias, y licencias en general, además ese pago fue entregado a un fondo de pensiones quien tenía como objetivo generar una política de ahorro, sin que se acreditara fehacientemente que se retirara de forma mensual; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia esto estaba dirigido a estimular el ahorro, no para la contraprestación del servicio ni para enriquecer su patrimonio; que aunado a ello, el actor retiró dos veces dicho valores, lo que no permite establecer que no pudiera retirarlos de forma libre; que no se valoró la excepción de compensación y que estos tenían la misma finalidad de las prestaciones sociales; y que no se observó la buena fe, pues se demostró que existen unos pactos válidos y coherentes con las circunstancias que se estaban presentando con el contrato de trabajo.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable tener como salario los medios de transporte variables y el aporte o beneficio voluntario?, ¿es factible declarar la excepción de compensación? y, ¿se puede colegir de lo acreditado en juicio un actuar de buena fe por parte de la demandada?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Salario.**

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

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

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que el juez de primera instancia tuvo que era salario, los valores pagados por concepto de auxilio no salarial para medios de transporte variable, y el aporte o beneficio voluntario.

Al respecto, encuentra la Sala que es dable colegir de los comprobantes de nómina visibles a folios 108 a 169 del archivo 01 su habitualidad. De esta manera, le correspondía al empleador acreditar que no se trataba de un rubro que contraprestara servicios del trabajador, no obstante, se arrimaron diversos otro sí al contrato de trabajo, en los que consta lo siguiente: en el del 30 de agosto de 2010 se verifica el auxilio denominado “auxilio de transporte variable” tienen por finalidad remunerar los gastos incurridos por el trabajador en las visitas a usuarios y empleadores en las que se genera fidelización del usuario o la empresa, el transporte a visitas para realizar el mantenimiento del recaudo y las visitas para la solución de problemas en la afiliación, entre otras visitas; y en igual sentido, en el 01 de noviembre de 2010, 01 de septiembre de 2011, 01 de agosto de 2016 y, 01 de octubre de 2020, además de lo anterior se aduce que se liquidan teniendo en cuenta los transportes de visitas para lograr crecimiento neto de afiliaciones en empresas, para gestionar el recaudo de cotización (cartera), y con el objeto de lograr por parte del aportante el uso de la plataforma “Total Net” (fls. 74 a 104 y 190 a 196 del archivo 01).

Conforme a ello, es claro que los rubros denominados auxilio de transporte variable si bien tienen como finalidad sufragar gastos de

transporte en la gestión de afiliación efectiva que se realice los trabajadores, no es menos cierto, que según se establece en los aludidos otros sí al contrato de trabajo, se pagaban lograr su fidelización y lograr el recaudo de cartera.

Esto último que se advirtió cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que según la información brindada por los testigos Henry Ladino Díaz y Nubia Esperanza Zapata Riascos tales emolumentos se reconocían por hacer el mantenimiento de las cuentas comerciales de la demandada con las diferentes empresas, se tenía que tener una efectividad en el servicio y en cartera, del recaudo de la mora en aportes a seguridad social, y de lograr el crecimiento en usuarios de la empresa, metas, y que se pagaban de forma similar a las comisiones; los testigos aludidos se estudiaron de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin que se hubieran encontrado elementos para restarle credibilidad a sus declaraciones.

Por tanto, y si bien tales testigos advierten que no se pagaba por afiliación – misma afirmación que hizo el actor al rendir interrogatorio de parte- se tenía que se pagaba por lograr mantener el portafolio de servicios de la empresa, la fidelización de los afiliados y lograr el recaudo de la mora la cartera. En consecuencia, se considera acertada en tal sentido, la decisión del *A Quo* de tener tales rubros como constitutivos de salario.

Por otra parte y, en cuanto a los aportes o beneficios voluntarios, observa la Sala que en los otros sí del 05 de abril de 2010, 01 de abril de 2011, 01 de marzo de 2013, 2014, y 2015 se estableció el pago de aportes voluntarios (fls. 50, 53, 56, 59, 61, y 64 del archivo 05), los que tuvieron como destino la A.F.P. Protección para lograr un ahorro a favor del trabajador.

No obstante, observa la Sala que si bien dicho rubro no ingresaba directamente al patrimonio de la trabajadora, sino que se consignaban a un tercero, ciertamente se trataba de un pago habitual que también quedaba a su completa disposición del trabajador, quien podía sin restricción retirar y utilizarlos según sus necesidades y querer.

Lo dicho, por cuanto en interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada se aceptó la habitualidad de tales reconocimientos, y se aceptó que se podía retirar por parte del demandante a efectos de destinarlos al pago de créditos, vivienda, arriendos, compra de vivienda nueva, entre otras; de ahí que se pueda concluir, al margen de que fueran recursos consignados bajo la denominación de “*aportes voluntarios*”, en la realidad hacían parte de la remuneración del trabajador, pues no tenían como fin pagar un aporte para la consolidación de un derecho pensional o de previsión para algún riesgo de invalidez, vejez y muerte, sino que por el contrario, el trabajador tenía la posibilidad de retirarlos e ingresarlos directamente a su patrimonio, por manera que, en tal sentido era dable tenerlos como retribución de su servicios y, por ello, salario.

En tal sentido, el testigo Henry Ladino Díaz también expuso que era un valor fijo que se pagaba al demandante, que se pagaba a Protección y que se entregaba cada seis meses, que financieramente era como unas cesantías, que no sólo existía el beneficio de pensión voluntaria sino también había otros - arriendos, seguros exequiales, otros-, que se podían entregar para la compra de vivienda o estudios; y por su parte, Nubia Esperanza Zapata Riascos expuso que no era un beneficio voluntario, se debía tomar sí o sí, que se podía retirar en los primeros días para poder completar la mensualidad, que si bien se tenía que realizar un trámite, bastaba con que el dinero estuviera en Protección S.A. y esta generaba un cheque, y que dicho dinero se podía también destinar para su sostenimiento y el de su familia, que ese retiro era voluntario, se podía dejar en la cuenta.

Al respecto, CSJ SL441-2023 reiterada en CSJ SL1450-2023, en la que se resolvió un asunto de similares contornos a los aquí debatidos, incluso contra la misma entidad, dijo:

“De acuerdo con lo anterior, para la Sala, tal como lo coligió el juez plural, los citados beneficios sí eran constitutivos de salario, en la medida que remuneraban la tarea ejecutada por la actora, pues aunque algunos de estos eran consignados a través de un fondo de pensiones, lo cierto era que no tenían la destinación de aportar para la consolidación de un derecho pensional del trabajador o de previsión para algún riesgo de invalidez, vejez y muerte, sino que por el contrario, entraban directamente a su patrimonio, dado que la demandante podía retirarlos en cualquier momento y disponer de ellos. De ahí que, contrario a lo planteado en el cargo, los mismos sí eran una retribución directa de la labor desarrollada.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Es oportuno resaltar que con los documentos a que ha hecho alusión la Corte la empleadora no logra probar que en la realidad los beneficios objeto de discusión no remuneraban directamente el servicio de la trabajadora demandante; es decir, no se acredita que la entrega de estas sumas obedeciera a una causa distinta a la actividad desempeñada; pues ninguno de los medios de prueba denunciados en casación presentan una explicación circunstancial del objetivo de los mismos, dado que no se justificó para qué se entregaban, cuál era su verdadera finalidad o qué objetivo cumplían en relación a las funciones asignadas a la accionante.

En otras palabras, la empleadora no acreditó el propósito para el cual dice que se crearon tales beneficios, pese a que debía probar que su causa no era remunerativa; omisión que impide que lo pretendido en el recurso extraordinario pueda prosperar (CSJ SL8216-2016).

Antes lo que se desprende es que había una suma fija supuestamente no constitutiva de salario, la cual se podía distribuir libremente en una multiplicidad de beneficios, ya fuera para ahorro, bonos, comunicaciones, créditos, salud, movilidad, recreación o seguros, pero que en la realidad hacían parte de la retribución por los servicios prestados.

Para reforzar tal conclusión, conviene recordar que la Corte, al estudiar un asunto de similares contornos, en sentencia CSJ SL5159-2018, señaló que el hecho de consignar estos dineros en un fondo de pensiones no destruye el carácter salarial de tales pagos, pues al no estar probado que tales aportes tenían una destinación pensional, según su nombre y, por el contrario, que podían retirarse libremente; obligaban a concluir que en realidad eran una remuneración de la tarea ejecutada. Así se indicó en dicho pronunciamiento:

En este asunto, la Corte advierte que a pesar de que las partes acordaron que los beneficios consistentes en \$600.000 por pensión voluntaria y \$1.090.000 por auxilio gastos médicos no tenían fuerza salarial, ese pacto es ineficaz puesto que esas prestaciones en realidad retribuían el trabajo de la demandante.

En efecto, la Sala no encuentra que esos dineros tuvieran la destinación anunciada por la empresa, por varias razones:

En primer lugar, tanto el auxilio de gastos médicos y la pensión voluntaria eran entregados en dinero a la trabajadora para que ella dispusiera inmediatamente de esos recursos. Por esta vía, la demandante podía emplear esos dineros en la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario, tales como vivienda, salud, educación, alimentación, recreación, entre otros. Es decir, la supuesta destinación específica alegada por la empresa se derrumba con el hecho de que esos auxilios eran traducidos en dinero para que la trabajadora dispusiera de ellos como a bien tuviera.

En efecto, a folios 5 a 11 y 20, milita el contrato de trabajo a término indefinido y un certificado laboral, respectivamente, de los cuales se deduce que la trabajadora percibía un sueldo básico por \$2.956.000, más beneficios mensuales no salariales por \$1.690.000, valores que en el año 2010 fueron incrementados a \$3.051.000 y \$1.745.000, respectivamente. En el contrato laboral mencionado además se precisó que “los pagos derivados de salarios o cualquier otro concepto proveniente de la relación contractual podrán pagarse personalmente al trabajador, o a través mediante consignación en cuenta corriente, corporación de ahorro y vivienda o en general por un medio que garantice el ingreso del pago al patrimonio del trabajador”.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

En segundo lugar, la compañía tampoco corroboró que esos recursos fuesen empleados en la construcción de una pensión voluntaria o en gastos médicos. No hacían parte de un plan consolidado de formación de una pensión voluntaria, sujeto a restricciones o condiciones de retiro razonable de los recursos, o de la financiación de un plan de salud empresarial. Simple y llanamente eran unos dineros que se entregaban bajo la etiqueta de «pensión voluntaria» y «auxilio gastos médicos», sin que exista una prueba de su destinación específica o sujeción al fin para el que fueron creados. En este punto, debe insistir la Corte en que no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Su destinación debe ser real.

En definitiva, los beneficios consistentes \$600.000 por pensión voluntaria y \$1.090.000 por auxilio gastos médicos, incrementados en el año 2010 a un valor total de \$1.745.000, retribuían el trabajo de la demandante”.

En ese orden de ideas y siguiendo los lineamientos de las sentencias en mención, se considera que no está suficientemente demostrado que el pago habitual denominado aporte realizado por la demandada no fuera salarial, por el contrario se observan elementos que permiten establecer que se está frente a un rubro que en la realidad era retributivo del servicio, tal y como lo advirtió el A Quo.

En consecuencia, se considera acertado tener como salario los valores por concepto de auxilio de transporte variable y aportes o beneficios voluntarios, tal y como lo dispuso el juez de primera instancia, por lo que, en tal sentido la sentencia se CONFIRMARÁ.

### **Compensación.**

No se declarará tal excepción, puesto que si bien el demandante al rendir interrogatorio de parte aceptó efectuar el retiro en dos ocasiones de valores pagados por aportes voluntarios, lo cierto es que dichos pagos hacían parte de su salario, como quedó visto a lo largo de esta providencia más no de las diferencias salariales que son objeto de condena por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, por demás que frente a tales acreencias laborales no se incluyó tal concepto como salario, pues recuérdese que el A Quo declaró probada la excepción de prescripción frente a los mismos, únicamente emitiendo incluyendo tal rubro frente al pago de aportes a pensión, por tener este el carácter de imprescriptible.

### **Sanciones Moratorias.**

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

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

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que hay lugar a la imposición de dichas sanciones, pues si bien se pactó entre las partes una cláusula de exclusión salarial, del acervo probatorio se logró determinar elementos que permitieron establecer que la intención del empleador fue disfrazar pagos constitutivos de salario y brindarles otro tipo de connotación, por lo que, en tal sentido no sería dable colegir un actuar de buena fe.

Corolario de lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de enero de 2023 por parte del Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**SEGUNDO.** –. Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

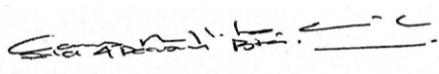
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00122 -01.

Demandante: **FABIÁN ANTONIO ALTAHONA CASTRO.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

### **AUTO**

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$750.000.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **1. ASUNTO**

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS** y **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra **VÍCTOR MANUEL CASALLAS HUERTAS** y la otra recurrente.

#### **2. AUTO**

Sería del caso aceptar la renuncia al poder presentada por la firma de abogados Cal&Naf a través de la representante legal, abogada Claudia Liliana Vela visible en el archivo 05renuncia.pfd del cuaderno del Tribunal, no obstante, no se acredita comunicación a su poderdante de acuerdo con los señalado en el art 16 del CGP, por lo que tal petición será denegada.

De otra parte, se reconoce personería para actuar a la abogada Karina Vence Peláez identificada con la cédula de ciudadanía 42.403.532 y TP No. 81.621 del CSJ de acuerdo con la escritura pública No. 803 del 16 de mayo de 2023. Asimismo, se reconoce personería a la abogada María Alejandra Almanza Núñez, identificada con la cédula de ciudadanía 1.018.456.532 y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

TP No. 273.998 en calidad de abogada de la mencionada entidad de acuerdo con el poder de sustitución visible a en el archivo 07poder.pdf.

### **3. ANTECEDENTES**

#### **3.1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita de Víctor Casallas, pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensión desde el 1° de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2015 con destino a Colpensiones junto con los intereses moratorios por falta de pago, indemnización moratoria, salarios y costas y agencias en derecho.

De Colpensiones requirió realizar las gestiones tendientes a lograr los aportes al sistema de seguridad social señalados en precedencia, así como el pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: El 1° de septiembre de 2001 celebró contrato a término indefinido con Víctor Manuel Casallas para trabajar el establecimiento de comercio de su propiedad denominado “Cueros América”, como trabajadora de confianza y manejo, con un salario equivalente al mínimo legal vigente de cada año hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha en la que terminó el contrato sin que su empleador haya pagado de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, ni que Colpensiones haya adelantado las acciones de cobro respectivas, por lo que elevó petición a esta entidad el 29 de octubre de 2018 con respuesta del 13 de noviembre de 2018. (*archivo 03demanda.pdf*).

#### **3.2. Respuesta a la Demanda.**

Colpensiones contestó a la demanda y solo aceptó la respuesta dada a la actora el 13 de noviembre mediante la cual se le hace saber que se requirió a Víctor Manuel Casallas para que proceda a corregir las inconsistencias en los aportes, por lo demás se opuso a las pretensiones e indicó que las obligaciones de aportes corresponde al empleador y que previo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

a iniciar las acciones de cobro se debe requerir dos veces al deudor, por lo que en este caso no existe allanamiento a la mora y por ende, se la debe absolver. Propuso las excepciones de falta de legitimación, presunción de legalidad de los actos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago, no pago de intereses moratorios, prescripción, compensación y la genérica (*archivo 10contestacolpensiones.pdf*).

Por su parte, Víctor Manuel Casallas Huertas guardó silencio dentro del término del traslado por lo que el juzgado de instancia tuvo por no contestada la demanda tal como se verifica en auto de 21 de enero de 2022 (*archivo 33autocalificademanda.pdf*).

### **3.3. Providencia Recurrida.**

Se trata de la sentencia proferida por el *a quo* en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Blanca Lucia Parroquiano de Rojas, como trabajadora, y el señor Víctor Manuel Casallas Huertas, existió un vínculo contractual laboral desde el 1° de septiembre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2015, y que durante la vigencia de este la accionante percibió como remuneración el valor equivalente al salario mínimo para cada anualidad.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor Víctor Manuel Casallas Huertas como empleador de la señora Blanca Lucia Parroquiano de Rojas, omitió el pago de aportes al sistema general de pensiones durante el interregno comprendido entre el 1° de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2015.

TERCERO: DECLARAR que el señor Víctor Manuel Casallas Huertas deberá pagar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y en favor de la señora Blanca Lucia Parroquiano de Rojas, el valor total de los aportes en mora, desde el 1° de diciembre de 2010 y hasta el 31 de julio de 2015, tomando como base el equivalente al salario mínimo establecido por el Gobierno Nacional para cada anualidad, junto con el pago de los intereses, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios como lo consagra el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo expuesto.

CUARTO: DECLARAR que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, una vez recaude el valor correspondiente a los aportes pensionales en mora, adelante las gestiones pertinentes para incluir los mismos en la historia laboral de la señora Parroquiano de Rojas. Lo anterior, sin perjuicio de que Colpensiones adelante administrativamente todas las efectivas gestiones para lograr el pago de los aportes insolutos, so pena de asumir la responsabilidad en el evento de una posible solicitud pensional en favor de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por la apoderada judicial de la demandada Colpensiones conforme a las resultados del proceso

SEXTO: CONDENAR al señor Víctor Manuel Casallas Huertas, que deberá pagar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en favor de la señora Blanca Lucía Parroquiano de Rojas, el valor total de los aportes en mora desde el 1° de diciembre de 2010 y hasta el 31 de julio de 2015, tomando como base la equivalente al salario mínimo establecido por el Gobierno Nacional para cada anualidad, junto con el pago de los intereses, igual al que rige para el impuesto sobre la renta como quedó expresado.

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

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada Víctor Manuel Casallas Huertas, fíjense como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en favor de la demandante. Sin costas para Colpensiones.

NOVENO: ABSOLVER al demandado Víctor Manuel Casallas Huertas de las demás pretensiones incoadas en su contra, especialmente la que tiene que ver con la indemnización del Art 65 del CST por las razones expuestas.

Para arribar a la anterior decisión, empezó por señalar que, de acuerdo con la certificación laboral del 22 de agosto de 2018, da cuenta que la demandante prestó los servicios al demandado en el tiempo señalado, lo que se corrobora con la historia laboral, y los testigos recibidos en juicio, por lo que concluyó que la actora laboró desde el 1° de septiembre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2015, sin que el empleador acreditara el pago de aportes en pensión en el interregno comprendido entre el 1° de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2015, por lo que ordenó el pago de dichos aportes sobre la base del salario mínimo.

Añadió que Colpensiones no adelantó las acciones de cobro frente a los aportes no recaudados, por lo que una vez Víctor Casallas pague los aportes los deberá incluir en la historia laboral de la actora, so pena de que ante la solicitud de pensión de vejez que haga la misma, la entidad la asuma por existir inactividad en el cobro. Por último, frente a la indemnización moratoria del art. 65 del CST de realizar los aportes dentro de los sesenta días siguientes a la terminación del contrato, no procede por cuanto al ordenar el pago de los aportes causados con los intereses moratorios se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

resarce el daño causado a la demandante y se protege la estabilidad financiera del sistema.

### **3.4. Argumentos de las Recurrentes.**

La parte actora inconforme parcialmente con la decisión aseveró que la condena debió al pago de la indemnización moratoria a cargo de Víctor Casallas y la negativa a la imposición de costas a cargo de Colpensiones. Frente al primero indicó que es procedente de acuerdo con las sentencias CSJ SL3977-2022 y CSJ SL589-2014, por cuanto no se trata de un reintegro, sino de la omisión en el pago de los aportes, y respecto del segundo, aseveró que debe existir condena en costas, pues Colpensiones no adelantó las acciones de cobro respectivas.

A su turno, Colpensiones afirmó que se debe revocar el numeral cuarto de la sentencia, ya que desde el 2019 viene realizado las acciones de cobro al demandado los cuales a pesar de que no han sido efectivas, demuestran que la entidad ha actuado de forma activa, y en su sentir, no operó el allanamiento en la mora de aportes.

### **3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 9 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de junio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar que fue utilizado solo por la actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en los artículos 66 A y 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

#### **4. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es viable acceder a la indemnización moratoria del art. 65 del CST en contra del empleador que no efectuó los aportes al sistema de seguridad social en pensión?, ¿Es dable excluir de la condena en costas a Colpensiones, así como relevarla de su obligación de adelantar el cobro de aportes al sistema?

#### **Tesis**

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

#### **4.1. De la indemnización moratoria por omisión de aportes al sistema de seguridad social.**

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo establece la indemnización moratoria aplicable al empleador cuando no paga los salarios y prestaciones sociales cuando la relación laboral termina; a reglón seguido, el parágrafo 1 del mencionado artículo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, el cual constituye el fundamento normativo de una de las pretensiones de la demandante que referencia en su recurso, dispone que:

*“Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora”.*

De lo anterior, es claro que norma diferencia dos escenarios i) aquella sanción prevista en los dos primeros incisos, causada ante la mora en el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

pago de salarios y prestaciones a la terminación del vínculo y, ii) la del parágrafo primero, consistente en la consecuencia adversa por la no certificación de estado al día de las obligaciones de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales que, como lo tiene decantado la jurisprudencia, se dirige a salvaguardar la integridad financiera del sistema (CSJ SL516-2013, CSJ SL12041-2017, CSJ SL2221-2018, y CSJ SL3392-2019), y contrario a lo afirmado por el *a quo*, no puede predicarse una doble sanción por el solo hecho que estén concebidas en el mismo precepto y en similares términos, es decir, a razón de un día de salario por cada día de retardo, afirma en la medida que ambas sanciones se encaminan a fines completamente distintos y sirven a propósitos disímiles.

Es así como dicha sanción moratoria no procede de manera automática e inexorable por el solo hecho de que se acredite el incumplimiento en el pago de aportes al sistema de seguridad social, ya que debe probarse la mala fe del empleador una vez analizadas las razones o motivos que como justificación de su conducta esgrima. Aunado a que al conceder un plazo de 60 días para que la empresa se ponga al día con el sistema general de seguridad social y parafiscalidad, la sanción correrá a partir del día 61 después de la finalización del vínculo, a razón de un día de salario por cada día de no pago, hasta cuando se verifique el mismo ante las administradoras del sistema y los órganos de parafiscalidad (CSJ SL3977-2022).

#### **4.2. Caso concreto.**

De acuerdo con lo anterior y siguiendo las reglas jurisprudenciales antes señaladas, en el presente asunto no fue motivo de discusión en esta instancia que i) Blanca Lucila Parroquiano fue contratada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde 1° de septiembre de 2001 al 31 de diciembre de 2015 al servicio de Víctor Manuel Casallas, ii) durante su vigencia contractual devengó el salario mínimo mensual legal vigente, iii) que en el interregno del 1° de diciembre de 2010 al 31 de julio de 2015, Víctor Manuel Casallas Huertas no realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que deberá pagar a Colpensiones el valor total de los aportes en mora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Dicho esto, y dado que no fue motivo de discusión la omisión de aportes a cargo del empleador, se debe analizar el elemento de mala fe, y es en este punto donde la Sala evidencia ausencia probatoria del demandado, por cuanto al no comparecer al proceso dejó de aportar las pruebas en su favor, y en ese sentido, la Sala no evidencia causal que justifique la ausencia en el pago de los aportes, por lo que se revocará el numeral noveno de la sentencia y en su lugar se condenará al demandado a pagar la suma diaria de \$24.748 pesos a partir del día 61 del finiquito laboral, esto es desde el 1 de marzo de 2016 hasta tanto realice el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales.

#### **4.3. Del deber de cobro de aportes y costas procesales.**

El artículo 24 de la Ley 100 de 1993, es claro en señalar que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de aportar al sistema de seguridad social, precisamente porque dichas entidades que administran los recursos económicos de sus afiliados que son la base para construir su derecho pensional.

Para ese efecto, el Legislador otorgó facultades a las entidades administradoras de los distintos regímenes para cobrar los aportes no trasladados oportunamente por el empleador. Para ejercer dichas facultades las AFP deberán verificar si el empleador cumplió con su obligación de pagar los aportes dentro del plazo otorgado, en caso de no hacerlo, lo requerirá mediante comunicación escrita para que, a partir de ese momento, el empleador pueda pronunciarse sobre el requerimiento dentro con 15 días siguientes; si guarda silencio, la AFP procederá a liquidar la obligación, y prestará mérito ejecutivo tanto en los procedimientos de cobro coactivo, como en los procedimientos que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Decreto 1833 de 2016, "Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones". Artículo 2.2.3.3.8. "Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Financiera de Colombia con la periodicidad que esta disponga con carácter general sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías J interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // Vencidos los plazos señalados para efectuar las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Por su parte, el Decreto 1161 de 1994, mediante el cual se dictaron normas en materia del Sistema General de Pensiones, estableció en su artículo 13 las acciones de cobro a favor de las entidades administradoras de los diferentes regímenes, precisando que les corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes entablar contra los empleadores las acciones de cobro de las cotizaciones que se encuentren en mora, así como de los intereses de mora a que haya lugar, pudiendo repetir contra los respectivos empleadores por los costos que haya demandado el trámite pertinente, en los términos señalados en el literal h) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994.

En este caso, considera la Sala que no son de recibo los argumentos de Colpensiones cuando afirma que se debe revocar el numeral cuarto de la sentencia, por cuanto desde el año de 2019 viene realizado las acciones de cobro al demandado, pues como se dijo en líneas anteriores, el deber de adelantar el cobro de los aportes al sistema descansa en la ley, y en ese sentido, esta Sala no podía relevarla de tal obligación porque estaría yendo en contra de los postulados legales en mención, por tal razón este punto del fallo se confirmará.

Por último, respecto de las costas procesales, le asiste la razón a la parte actora cuando solicita se imponga condena en contra Colpensiones, pues de acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso, esta condena se impone a la parte vencida de cara al resultado negativo, en este caso, el *a quo* impartió condena clara en contra de la entidad, por lo que es procedente tal pedimento. Al respecto conviene traer a colación el auto CSJ AL2787-2021 en el que se dijo: *“La Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación casación, queja súplica anulación o revisión que haya propuesto; por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición”*.

---

consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Por tal razón se modificará parcialmente el numeral octavo de la sentencia para incluir a Colpensiones como sujeto pasivo de condena en costas fijada por el juez de primera instancia.

## **5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta lo señalado en precedencia.

## **6. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **REVOCAR** el numeral NOVENO de la sentencia que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de enero de 2023, y en su lugar, **CONDENAR** a Víctor Manuel Casallas Huertas a pagar a favor de Blanca Lucila Parroquiano de Rojas la suma diaria de \$24.748 pesos a partir del día 61 del finiquito laboral, esto es desde el 1° de marzo de 2016 hasta tanto realice el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales, de acuerdo con la parte motiva de este providencia.

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR** parcialmente el numeral OCTAVO de la sentencia para incluir a la demandada Colpensiones como sujeto pasivo de condena en costas fijada por el juez de primera instancia.

**TERCERO.** –. **CONFIRMAR** en todo lo demás el fallo atacado.

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00582 -01.

Demandante: BLANCA LUCILA PARROQUIANO DE ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 21 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ELIZABETH VENTE CUNDUMI** adelanta contra la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare ineficaz su despido. Como consecuencia de lo anterior, solicita reintegro junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su reintegro, e indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 14 de marzo de 2017 fue contratada por la demandada; **2)** Durante la relación laboral comenzó a tener quebrantos de salud, tales como, Lumbago Crónico y Trastorno Depresivo Recurrente, emitiéndose incapacidades superiores a 180 días; **3)** Luego de superada su incapacidad no se tuvo en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

cuenta su situación de salud ni las recomendaciones médicas, por demás que los medicamentos para tratar la última patología en mención le generaba somnolencias y limitaciones de motricidad; **4)** El 21 de marzo de 2019 bajo los efectos de los medicamentos descritos dio mal un cambio de dinero, motivo por lo que el 27 del mismo mes y año fue citada a descargos; y **5)** El 25 de abril de 2019 le fue terminado su contrato de trabajo.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.** (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la citación a descargos de la demandante el 27 de marzo de 2019, por faltas ocurridas el 21 del mismo mes y año.

Adujo que la actora fue contratada mediante contrato a término fijo; despidió a la demandante con justa causa, en virtud de las graves faltas cometidas por la accionante en el ejercicio de sus funciones, puesto que de dentro de las obligaciones asignadas al cargo de Recolector de Peaje se encontraba la de recibir el dinero de los vehículos que pasan el peaje y asimismo hacer entrega de dicho dinero cancelado como excedente del peaje, no obstante, un usuario de la vía donde trabajaba esta presentó una queja por unas vueltas mal dadas y el extravío de estas, frente a lo cual la demandante aceptó haber incurrido en la citada falta.; y que tal terminación nada tuvo que ver con el estado de salud de la ex trabajadora, pues no conocía tal situación, así como esta no contaba con ninguna restricción, recomendación o limitación médica que le impidiera desarrollar normalmente sus funciones o de donde se pudiera desprender una supuesta estabilidad laboral reforzada.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del despido de la actora efectuado por la sociedad SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A. el día 25 de abril de 2019 y en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

consecuencia se ordena a la mencionada persona jurídica, a REINTEGRAR a la demandante al mismo puesto de trabajo que ostentaba al momento del despido o a uno de superior categoría, con observancia precisa de las recomendaciones médico laborales para el desempeño del cargo.

**SEGUNDO: CONDENAR** a SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A a pagar a la demandante los salarios y prestaciones dejados de percibir a partir del 26 de abril de 2019 hasta la fecha en que se reintegre a la trabajadora.

**TERCERO: CONDENAR** a SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A., a pagar a la demandante la suma de \$4'968.696 por concepto de la indemnización contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

**CUARTO: SE DECLARA** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de 1.5 SMLMV, como valor de las agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo que finalizó el 25 de abril de 2019; que del acervo probatorio es dable colegir que la demandante padecía de un lumbago crónico, así como de trastornos psiquiátricos de depresión, lo que le generó diversas incapacidades y recomendaciones; que las recomendaciones no estaban sólo dirigidos a pausas activas y hábitos de vida saludable, pues también se avizora que se debían tomar medidas frente a su estado de salud mental; que de los testigos de la actora se puede establecer su situación de salud física y mental; que de lo anterior, es posible considerar que el empleador conocía la situación de salud de la demandante, por demás que tuvo una incapacidad de 254 días; que la justa causa alegada no se demostró fehacientemente, pues no existe una confesión precisa y clara en los descargos de la demandante ni en el interrogatorio de parte, por demás que de los videos allegados no son muy claros, de modo que no está demostrado de forma claro cuál fue el destino de los valores; que aunado a lo anterior, las restricciones médicas que tenía la demandante no fueron seguidas por la empresa para precaver posibles afectaciones en la salud de esta; que por lo anterior, se debe reintegrar a la actora y pagar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

**SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.** adujo que una cosa es que se presuma que el contrato de trabajo termina por el estado de salud, y otra,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

que se presume el conocimiento que tenía el empleador de la situación del trabajador; que todos los documentos que fueron aportados son documentos que hacen parte de la historia clínica, no siendo dable inferir tales circunstancias de esta, por demás que no se desconoció que existieran incapacidades, sin embargo, sí se insistió que las incapacidades no estaban vigentes, al igual que las recomendaciones, por demás que se estaba prestando el servicio con normalidad por parte de la actora y estas eran de vida saludable y postural; que no podría inferirse que se conocía de la medicación de la actora y suponer que tenía algún tipo de limitación para el desempeño de sus funciones, así como no se podía prever que estaría pendiente de un control para abril y que incurriría en una falta grave; que todos los trabajadores tenían un horario de ocho horas; que nunca se endilgó apropiación del dinero, se dijo que la actora no dijo el destino del dinero sobrante, pues en descargos sólo informó que sobró \$100 y, cuando se le indaga sobre los \$30.000, no tuvo ningún tipo de respuesta; y que de los videos se puede establecer que recibe el dinero, se lo lleva y después no vuelve con ese dinero.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Hay lugar al reintegro deprecado por la demandante en virtud de su condición de salud al momento de la terminación de la relación laboral?

### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

### **Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad

manifiesta “*presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo*”. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que “*el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria*”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «*por razones de su limitación física*», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: “*(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

*causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”.*

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (iii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”.*

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *“los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*; criterio que reiteró en sentencia SL1152-2023.

Del mismo modo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su

vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2013 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

Sentadas las anteriores premisas, encuentra la Sala que de la condición de salud de la demandante se tiene constancia que se aportó historia clínica en la que consta que desde el 19 de diciembre de 2017 la demandante presentaba una patología lumbar; que tuvo constantes incapacidades desde el 16 de enero de 2018, por lo menos, hasta el 15 de octubre del mismo año, por su condición de salud lumbar; que para el 13 de junio de 2018 además de su cuadro lumbar presentaba ansiedad y tristeza; que la actora fue remitida a diversas sesiones de terapia por su patología lumbar; y que se emitieron restricciones y recomendaciones de la I.P.S. Salud Total Santa Clara el 09 de octubre de 2018 y por tres meses, en donde se estudió su situación de salud lumbar y psiquiátrica (fls. 66 a 74, 85, y 118 a 145 del archivo 01).

Se señalaron como restricciones frente a su trabajador las siguientes: evitar manipulación de cargas igual o superior a 8 kg y esfuerzos equivalentes que incluyen: levantamiento de carga a nivel del suelo,

desplazamiento con cargas, empujar, halar; evitar posturas prolongadas que impliquen disconfort biomecánico del segmento lumbar por ejemplo flexión, rotación, torsión, posturas arrodillado, cuclillas; evitar carga estática prolongada: permitir cambios de posición, realizar y programar pausas activas con énfasis en ejercicios de estiramiento del segmento lumbar aprendidos al menos 2 minutos cada 2 horas; evitar participación en eventos deportivos o recreación que impliquen contacto físico y maniobras de alto impacto (saltar, brincar); evitar uso continuo o frecuente de gradas o escaleras, caminatas prolongadas; evitar asignación de trabajos, sobrecarga mental y física; evitar tareas en aislamiento, en alturas, espacios confinados, con ruido excesivo, conducción de vehículos; evitar jornadas laborales prolongadas (jornada laboral máximo de 8 horas); evitar asignación de trabajos nocturnos; y asignar responsabilidades, plan de trabajo y metas claramente definidos

Así mismo, se tuvo como recomendaciones: incluir en programa de vigilancia epidemiológica de riesgo ergonómico, cardiovascular y psicosocial del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SG-SSTI); solicitar revisión o análisis del puesto de trabajo con el fin de identificar probables factores de riesgo perpetuantes o agravantes; permitir asistir a controles médicos especializados y tratamiento ordenadas; modificar hábitos de vida tendientes a reducir peso corporal y mejorar condición física: iniciar ejercicio cardiovascular 45 - 60 minutos al día o a tolerancia, restringir ingesta de grasas saturadas y azúcares simples y complejos; solicitar valoración por nutrición en EPS; extrapolar restricciones a sus actividades de la vida diaria, procurando adecuadas prácticas de higiene postural y biomecánica corporal (fls. 118 a 120 del archivo 01).

De esta manera, para la Sala es claro que el accionante presentaba una discapacidad física originada en una condición especial en su zona lumbar que en varios exámenes se le brinda la categoría de crónica, por lo que, no era temporal ni transitoria; además, se encuentra que padecía de ansiedad y depresión, por lo que, tuvo que ser evaluado por psiquiatría. En tales condiciones, ciertamente tales patologías pueden impedir a la trabajadora su integración profesional o el desarrollo de sus roles ocupacionales, por cuanto al desempeñar laborales como Recolectora de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

Peaje se encontraría con restricciones o desventajas frente a otros trabajadores en iguales condiciones, al tener que prestar sus servicios en una cabina, con entrada y salida de vehículos de forma constante, atención de usuarios, verse cada día más disminuida en su salud lumbar, y tener que prestar su servicios generalmente de pie.

Frente a sus dolencias, los testigos Eustacio Paz Cundumi, Doralba Salazar López y Crisanta Cundumi fueron claros en señalar que la demandante ha estado mucho tiempo incapacitada dado sus problemas de salud, que estuvo internada por su condición mental, que la demandante se aquejaba de fuertes dolores- incluso el llanto-, y que se encontraba medicada con medicamentos para la columna y antidepresivos; testigos que evalúan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin encontrar en ellos contradicciones o manifestaciones que puedan poner en duda la veracidad de sus declaraciones.

Así las cosas, es dable considerar que por la condición de salud que presentaba la demandante esta gozaba de una protección reforzada, pues si bien no se encontraba “incapacitada” al momento del finiquito de la relación laboral, al momento de la terminación de su contrato de trabajo, padecía de una patología lumbar y se encontraba afrontando un cuadro de ansiedad y tristeza, circunstancia que claramente generaban una “discapacidad” que debía ser observada y amparada por su empleador; estado que era conocido por el empleador, pues aunado a que los testigos Wilson Antonio Osorio y Elsa Munar Casas dieron cuenta de las incapacidades y recomendaciones, como quedó visto obran incapacidades, terapias, restricciones y recomendaciones que tuvieron como fundamento no sólo la situación de salud lumbar de la actora, sino también su condición mental.

De esta manera, sería dable presumir que la terminación del trabajador fue con ocasión del estado de salud aludido, por lo que, se hace necesario verificar si se logró desvirtuar tal presunción y, en consecuencia, si se avizoran razones que permita considerar que tal finalización obedeció a motivos diferentes a la situación de salud de la demandante.

Al respecto, encuentra la Sala que el 23 de abril de 2019 se dio terminación al contrato de trabajo de la actora con efectos a partir del 25 del mismo mes y año con fundamento en que el 21 de marzo de 2019, se presentó una queja por parte de un usuario de la vía, en donde manifiesto que siendo las 20:27:07 horas atendió un vehículo de categoría dos, el usuario canceló con un billete de \$50.000 para pagar \$11.500 pesos y sólo se le devolvió \$8.500, quedando un sobrante de \$30.000 los cuales no aparecieron; que en el video de la caseta se observa que la actora retiró de la lonchera un billete de \$20.000 y uno de \$10.000 sin justificación alguna; que con lo anterior, se incurrió en omisión a los procedimientos de recaudo estipulados por la compañía; y que en descargos se aceptó haber entregado incompletas las vueltas al usuario y conocer los procedimientos de la empresa, pero no se justificó la pérdida de los \$30.000 (fl.129 del archivo 01).

Pues bien, atendiendo lo anterior, le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción de despido con base en el estado de salud de la actora, para lo cual debía demostrar las causas aludidas, para lo cual se allegó acta de diligencia de descargos, en la que se avizora que la actora señaló que recibió inducción para su cargo, que el día de los hechos únicamente presentó un sobrante de \$100, y que no sabe qué pasó con el dinero, pues según su dicho devolvió la totalidad del dinero que recibió (fls. 19 a 21 del archivo 06); por lo que, ciertamente tal y como lo advirtiera el *A Quo* de tal diligencia no es dable derivar confesión, pues la demandante en ningún momento aceptó no sólo que no se quedó con el dinero, sino que tampoco admitió omitir los procedimientos de la empresa, por el contrario, señaló desconocer que pasó con tal dinero y que por la ingesta de medicamentos pudo haber estado distraída, aspecto que no fue observado por la demandada ni frente al cual se ahondó por parte de su empleador para determinar si ello pudo ser la razón de la pérdida de dinero reseñada, lo que hubiera sido fundamental para establecer si se estaba frente a una justa causa, máxime si se tiene en cuenta que venía de una incapacidad prolongada, y dentro de las recomendaciones y restricciones se fundamenta en adición a si condición lumbar, en estudios de psiquiatría.

Por otra parte, en la carpeta 11 obran diversos videos que dan cuenta de las operaciones de dinero que realizó presuntamente la actora el 21 de marzo de 2019; no obstante, no se puede establecer con certeza qué pasó con el dinero presuntamente perdido y, si no se siguieron los procedimientos en debida forma, pues además que estos videos carecen de fecha y hora exacta, no se logra determinar claramente si hubo algún tipo de manipulación indebida o no se siguió los procesos que debían ser necesariamente observados por la demandante al momento de entregar el dinero, por demás que se allegan diversos fragmentos que no permiten verificar en tales videos certeramente tal acusación.

Finalmente, los testigos Wilson Antonio Osorio y Elsa Munar Casas tampoco resultan ser suficientemente fehacientes para desvirtuar la presunción aludida y/o acreditar las justas causas alegadas, pues su dicho se limita a señalar que un usuario reclamó que le faltaban \$30.000; se aduce que se hizo todo un proceso y se determinó que hubo una falta operativa, sin embargo, y como se dijo previamente no obra pruebas con las que se pueda arribar a tal conclusión; señala que de los videos se puede apreciar que la actora retira de la caja un dinero, un billete de \$10.000 y uno de \$20.000 y va a la caseta de enseguida, que no se deposita nada en la caja, de lo que se pudo evidenciar que el dinero salió pero nunca regresó, apreciación que por las razones antes anotadas no se logra avizorar claramente en los videos en que fundamentan sus declaraciones; y que la actora incurrió en una omisión a procedimientos; dichos testigos también se evalúan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin encontrar en ellos contradicciones o manifestaciones que puedan poner en duda la veracidad de sus declaraciones.

Así las cosas y, ante la insuficiencia probatoria que permita a esta Sala establecer que en efecto la demandante incurrió en las faltas que le endilgan, no es dable considerar que se está frente a una justa causa y/o que se hubiere desvirtuado la presunción de despido con fundamento en la condición de salud de la demandante.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de octubre de 2022 por parte del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2020-00384 -01.

Demandante: **ELIZABETH VENTE CUNDUMI.**

Demandado: **SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A.**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

Se señalan a cargo de la parte demandada como agencias en derecho la suma de \$650.000.

  
**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** interpuso contra la providencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE** adelanta contra **C.T.A. SERVIATIVA** y la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**; que **C.T.A. SERVIATIVA** tiene una responsabilidad compartida; y que fue despedido de forma unilateral, sin justa causa y mientras se encontraba en estado de incapacidad y/o debilidad manifiesta. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa; indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; prima de servicios de junio de 2019 a diciembre de 2020; cesantías e intereses a las cesantías de 2019 y la fracción de 2020; vacaciones de la fracción de 2018, así como las de 2019 y 2020;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

salario y auxilio de transporte de agosto de 2019 a 2020; reliquidación de sus aportes a salud y pensión de 2020; sanción moratoria; sanción por no consignación de las cesantías; indemnización por no pago de intereses a las cesantías; e intereses de mora.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** El 16 de marzo de 2010 suscribió un convenio de trabajo asociado a término indefinido con C.T.A. SERVIATIVA, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Limpieza Junior; **2)** Devengaba un salario mínimo legal mensual vigente; **3)** El 01 de febrero de 2011 se dio por terminado su contrato y, fue vinculada con SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., configurándose una sustitución patronal; **4)** Fue remitida a prestar sus servicios en la I.P.S. Saludcoop, cumpliendo horario de trabajo; **5)** Ostenta la calidad de prepensionada, pues cuenta con 60 años de edad y 1078 semanas; **6)** El 03 de julio, 05 de septiembre y 28 de diciembre de 2013 fue diagnosticada con Condromalacia de Rotula, Tac Axial de Rotulas Inclinación Patelar Bilateral Osteofitos Cara Lateral y, Mal Alineamiento Patelofemoral Bilateral, respectivamente; motivo por el que se efectuaron recomendaciones a su empleador; **7)** El 08 de enero de 2014 sufrió accidente de trabajo, caída desde su propia altura; el 06 de marzo de 2014 fue atendida nuevamente en urgencias por una dificultad para respirar y dolor de garganta por un cuadro clínico consistente en sensación de ahogo de 20 días de evolución además de dolor de garganta, producto del uso de productos químicos como desinfectantes; el 23 de julio de 2014 presentó dolor bilateral de manos; y el 21 de agosto de 2014, fue nuevamente atendida en urgencias tras sufrir una convulsión por la anterior situación; **8)** El 20 de abril de 2015 se diagnosticó que padecía de Síndrome del Túnel del Carpo Derecho Moderado, y el 22 de septiembre de 2015 Síndrome del Túnel del Carpo; **9)** El 18 de septiembre de 2015 se remitieron recomendaciones médicas; **10)** El 18 de noviembre de 2017 fue remitida de urgencias por un Episodio Convulsivo Tónico Clónicos de 10 Minutos de Duración; **11)** Acudió al Centro de Rehabilitación Físico Integral- CENFIMA el 20 de marzo de 2019, donde se le informo la necesidad de llevar acabo diez terapias físicas para analgesia, aumentar y fortalecimiento muscular; **12)** No ha sido evaluado su P.C.L.; **13)** En agosto de 2019 se le informó que debía esperar en su casa mientras la empresa requería nuevamente sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

servicios, no obstante, el 07 de enero de 2020 se informó que la empresa había entrado en un proceso disolución y liquidación; **14)** No se le pagaron las acreencias laborales que pretende; **15)** El 07 de febrero de 2020, se informó que se debían presentar los créditos de las acreencias laborales, por lo que radicó el valor que se le adeudaba el 09 de marzo del mismo año; y **16)** El 08 de julio de 2020 se notificó la presentación del inventario de pasivos, señalándose que se tenían 30 días para presentar las respectivas reclamaciones, lo que agotó el 29 de julio de 2020, no obstante, a la fecha no se han pagados sus acreencias laborales ni se ha informado acerca de la terminación de su contrato de trabajo.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**Las demandadas** (archivo 21), contestaron a través de curadora ad litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que no le constaban los, y formuló las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que las obligaciones pretendidas no son claras ni precisas; y que existe un abuso del derecho por parte de la demandante.

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante y la COOPERATIVA SERVIATIVA C.T.A existió una vinculación de carácter civil mediante convenio de trabajo asociativo por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2010 y el 31 de enero de 2011 y que existió una relación laboral entre ella y SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2011 y 30 de septiembre de 2019, devengando para cada momento lo que corresponde al salario mínimo legal vigente y desempeñando las funciones de servicios generales.

**SEGUNDO: CONDENAR** a SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S EN LIQUIDACION a pagar a favor de la demandante los siguientes conceptos y por las siguientes sumas:

- A.** Por concepto de salarios adeudados la suma de \$828.116
- B.** Por concepto de cesantías adeudadas la suma de \$621.087
- C.** Por concepto de intereses a las cesantías adeudadas la suma de \$74.530
- D.** Por concepto de moratoria de intereses a las cesantías \$74.530
- E.** Por concepto de prima de servicios \$621.087
- F.** Por concepto de vacaciones la suma de \$690.096

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

**G.** Por concepto de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora a partir del 01 de octubre de 2019 que por los primeros 24 meses, a razón de \$27.603 diarios arrojan un valor de \$19.874.160 por concepto de indemnización moratoria previsto en el artículo 65 del C.S.T. y a partir del 01 de octubre de 2021 se reconocerán los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria por concepto de dicha indemnización moratoria.

**H.** Se precisa que la suma por concepto de vacaciones \$690.096 se pagara debidamente indexada desde el 01 de octubre de 2019 hasta su momento efectivo de pago.

**TERCERO: ABSOLVER** a SERVIATIVA C.T.A de todas y cada una de las pretensiones invocadas y a SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S de las demás pretensiones invocadas y, frente a las mismas DECLARAR demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido propuestas por la señorita curadora de la misma.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (3) tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para. SIN COSTAS a SERVIATIVA C.T.A

Para arribar a la anterior decisión señaló que, luego de hacer alusión al acervo probatorio recaudado que el demandante estuvo vinculado mediante convenio asociativo de trabajo con C.T.A. SERVIATIVA del 16 de marzo de 2010 al 31 de enero de 2011; que el 01 de febrero de 2012 se vinculó con SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. mediante contrato a término indefinido, vinculación que se extendió hasta el 30 de septiembre de 2019, pues en interrogatorio de parte se aceptó que sólo hasta tal fecha prestó efectivamente sus servicios; que aunado a lo anterior, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas sólo se encuentra que el demandante prestó sus servicios y estuvo bajo subordinación hasta la calenda aludida; que al no existir constancia de pago del salario de agosto de 2019, así como las cesantías de 2019, intereses a las cesantías de 2019 con su moratoria, prima de servicios de 2019, y vacaciones la fracción de 2019, se ordenará su pago; que no se acreditó el hecho del despido, por lo que, no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa; que para que opere la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se debió acreditar el despido, que el empleador conocía de las restricciones de la actora ni que la terminación sea con ocasión de la situación de salud del trabajador, por demás que se avizora que se dio finiquito a las relaciones contractuales por su situación de insolvencia y que no se probó que tuviera un P.C.L. del 15%; que no hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías, pues las que se reconocen son las de 2019, y en dicha anualidad se terminó la relación laboral, debiéndose pagar con la liquidación de prestaciones sociales; que se condena a sanción moratoria,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

por cuanto no se configura una buena fe, y los problemas económicos de la empresa no se pueden trasladar al trabajador; que se acreditó el pago de auxilio de transporte; que los aportes a salud y pensión que se piden son de 2020, esto es, de un año en el que la relación laboral no se encontraba vigente; que los intereses moratorios estaban relacionados con el pago de aportes a salud y pensión, y estos ya se reconocieron; que no operó prescripción de las acreencias laborales deprecadas pues se demandó dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo laboral; que las vacaciones se deben pagar debidamente indexadas al no entenderse incluidas en la indemnización moratoria; y que frente a la C.T.A. no se acreditó sustitución patronal o solidaridad, pues la actora con esta estuvo regida por vínculo totalmente diferente.

#### **4. Argumentos de las Recurrentes.**

**SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.** adujo que ingresó en proceso de liquidación y que en este se le manifestó a la actora que se hiciera parte del mismo con relación a las acreencias laborales que se le adeudaran; que la actora señaló que se pagó el mes de septiembre de 2019, por ende, resulta razonable considerar que también se reconoció el de agosto del mismo año; que la empresa entró en liquidación el 08 de julio de 2020, de modo que no hay lugar a indemnización moratoria, pues la empresa ya tenía una razón para no pagar las correspondientes acreencias laborales; y que en interrogatorio de parte la demandante señaló que podía dejar un reemplazo, por lo que no se podría establecer subordinación, por demás que sus servicios durante toda la relación laboral para J.P.C. (sic).

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.** para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es posible que la demandante demandara el pago de acreencias laborales dentro del trámite del proceso ordinario laboral al estar SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. a un proceso liquidatorio?, ¿se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo con SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.?, ¿se demostró el pago del mes de agosto de 2019?, y ¿es dable reconocer indemnización moratoria en virtud del estado de liquidación en que ingresó SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.?

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **Del Proceso Liquidatorio de SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.**

En cuanto a la situación de liquidación que atraviesa SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. se rememora que la empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal, tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente. Asimismo, tiene un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la facultad de la Jurisdicción Ordinaria para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, pues se reitera, lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la demandada en todo caso, independiente de la decisión que se profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio. Sobre el punto, CSJ SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

Por tanto, es dable a través de esta acción, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado, o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Aclarado lo anterior, se procederá a verificar si entre el demandante y SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. se encuentra acreditado un contrato de trabajo.

### **Del Contrato de Trabajo.**

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Dicho lo anterior y, en el caso en estudio, se encuentra que el A Quo declaró la existencia de un contrato de trabajo con SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.; declaratoria que resulta consecuente con las certificaciones del 26 y 28 de mayo, 21 de junio, y 25 de octubre de 2019, visibles a folios 178 a 181 del archivo 01, en donde se da cuenta que tal relación laboral inició el 01 de febrero de 2019.

Frente a las aludidas certificaciones emitidas por el empleador, habrá de señalarse que en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

Al respecto, no encuentra la Sala de conformidad con el acervo probatorio recolectado que sea posible considerar que se cumplió por parte de la demandada con el cometido de desvirtuar el contenido de la certificación en estudio, puesto que por el contrario los testigos, Hugo Alejandro Acevedo Moreno y Elizabeth Forero Cáceres son claros en manifestar la prestación del servicio de la demandante al servicio de la demandada, que dicha labor se ejercía de forma diaria y que las órdenes provenían de SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., quien además era quien remitía a la trabajadora a prestar sus servicios en la I.P.S. Saludcoop y la Clínica Jorge Piñeros, por lo que, en tales condiciones, es claro que la relación laboral se desarrolló con la aludida demandada.

### **Salario Agosto de 2019.**

para que sea dable imputar condena por el salario de agosto de 2019, era necesario que el empleador demostrara su pago, pues resultado de la existencia de una relación laboral es el consecuente pago de los derechos mínimos e irrenunciables que surgen de tal vinculación, como lo es el pago y/o reconocimiento de salarios, prestaciones sociales y vacaciones; siendo carga del empleador acreditar esto.

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

Así las cosas, la Sala procedió a verificar a revisar la documental allegada, no obstante, no se encuentra que se hubiera acreditado el pago, así como tampoco que se hubiere aceptado tal reconocimiento en interrogatorio de parte, pues la demandante únicamente hizo alusión al pago de salario de septiembre de 2019, lo que no implica el pago *per se* de todos los salarios causados hasta tal fecha, más aún si se tiene en cuenta que los testigos Hugo Alejandro Acevedo Moreno y Elizabeth Forero Cáceres son coincidentes en afirmar la falta de pago de la totalidad de los salarios o pagos parciales de estos. Por tanto, se confirmará la condena impuesta por tal rubro.

### **Indemnización Moratoria. Liquidación de SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

Ahora bien, CSJ Rad. 37288 del 24 de enero de 2012 ha enseñado que no se puede interpretar la situación de reorganización de una empresa, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende ello genere un estado de fuerza mayor, para que el empleador se abstenga de efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de la reorganización es totalmente opuesta a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

En todo caso, en sentencias CSJ SL2833-2017 y CSJ SL1186-2019 se indicó que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria una sociedad, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos del trabajador demandante.

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta de SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., se considera que no existe duda en la imposición de dicha sanción, puesto que según se desprende de la prueba testimonial, el empleador incumplió reiteradamente el pago de salarios y prestaciones sociales durante el transcurso del contrato de trabajo, así como no fue clara con la trabajadora en cuanto a su situación laboral, dejando en cabeza de ella una incertidumbre acerca de la causación de sus acreencias laborales, por demás que ni siquiera se observa que hubiera buscado lograr un acuerdo de pago con la trabajadora previo a su liquidación.

Así las cosas, resulta procedente la indemnización moratoria, no obstante, es necesario tener en cuenta que, en el asunto concreto encontramos que SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., ingresó en proceso de liquidación el 08 de enero de 2020, se decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de la sociedad de la referencia (archivo 08).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

Por tanto, se considera que hay lugar a la indemnización moratoria, empero, únicamente que fue declarada en estado de liquidación, ya que no resulta viable inferir que el empleador sometido a esta, siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer los intereses y créditos del trabajador demandante; igualmente, debido a que el liquidador designado en tal proceso es un agente diferente al empleador, que entra a manejar los destinos de la empresa, razones que conllevan a que la indemnización moratoria sólo se pueda imponer hasta el 08 de enero de 2020.

En consecuencia, y como quiera que la relación laboral finiquitó el 30 de septiembre de 2019, según lo que dispuso el A Quo, es dable reconocer por concepto de sanción moratoria un día de salario, \$29.260,07 por cada de día de retardo desde el 01 de octubre de 2019 hasta el 08 de enero de 2020, esto es, por el término de 98 días; lo que arroja la suma de **\$2'867.486,53.**

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ el literal G. del numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria el valor aludido.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el literal G. del numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. debe pagar a favor de MARÍA SOLEDAD

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00462 -01.

Demandante: **MARÍA SOLEDAD PÉREZ ARROYAVE.**

Demandado: **SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y OTRO**

PÉREZ ARROYAVE por concepto de **indemnización moratoria**, un día de salario- \$29.260,07-, por cada de día de retardo desde el 01 de octubre de 2019 hasta el 08 de enero de 2020, esto es, **\$2'867.486,53.**

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

**TERCERO.** –. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, CONFIANZA S.A. y, NACIONAL DE SEGUROS S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 21 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO** adelanta contra la primera recurrente y **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**; y que **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S.** es solidariamente responsable de las condenas que se impongan en su calidad de beneficiario de la obra. Como consecuencia de lo anterior, solicita la suma de \$21'375.410 por concepto de acreencias laborales adeudadas e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** Laboró al servicio de PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. mediante contrato a término fijo del 02 de mayo de 2012 al 30 de abril de 2016, para desempeñar el cargo de Técnico Integral I, para los PAD'S de inyección de agua 1, 2 y 3 de campo Quifa Rubiales; **2)** PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. era contratista de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA; **3)** Al momento de la terminación del contrato devengaba \$1'617.647; **4)** Su contrato finalizó sin justa causa; **5)** Durante el periodo de marzo de 2015 a abril de 2016 no se pagaron bonos de campo; de marzo a noviembre de 2015, se realizaron retenciones injustificadas y sin autorización por un porcentaje del 50% del beneficio de alimentación; en 2014 y 2015 no se pagó prima de bienestar; **6)** El 27 de noviembre del 2015, PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. fue admitida al proceso de reorganización normado bajo la ley 1116 de 2016, estableciéndose a través de dicho proceso que se le adeudaba \$21'375.410; **7)** FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP., SUCURSAL COLOMBIA suscribió varios contratos comerciales con PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S, con el fin de que esta prestara servicios de operación, mantenimiento, alquiler de bombas horizontales y servicios de facilidades de inyección de agua necesarios en el proceso de producción de crudo, que es la actividad principal de la primera empresa en mención; y **8)** Las funciones del actor fueron en beneficio de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP., SUCURSAL COLOMBIA, toda vez que era el encargado de monitorear el adecuado funcionamiento de cada uno de los motores y unidades de inyección en su parte mecánica, en el desarrollo de la actividad para la inyección y extracción del agua, actividad necesaria en la producción del crudo, actividad principal de PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S.

## **2. Actuación Procesal en Primera Instancia.**

### **2.1. Respuesta a la Demanda.**

**FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

No aceptó hechos. Adujo que jamás fue empleador del demandante; y que suscribió diferentes contratos comerciales con PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S con el propósito de que prestara el servicio de operación y mantenimiento inyección de agua, lo que esta ejecutó con plena autonomía e independencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del C.S.T.

Por su parte, **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S.** (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la celebración de un contrato a término fijo con la actora, extremos temporales, cargo, funciones, salario y despido; y su admisión al proceso de reorganización.

Manifestó que, si bien el demandante desempeñó laborales en los campos de la compañía FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP., SUCURSAL COLOMBIA lo hizo dentro del marco del vínculo laboral suscrito con ella y, conforme a los términos que consigna el contrato, el cual fue leído, suscrito y aceptado en su momento por el trabajador; que al demandante se le realizaron dos pagos por concepto de Bono de Campo: en abril de 2016 por \$2'070.000 y a la liquidación del contrato de trabajo por \$660.000; que al actor se le redujo el Pacto No Salarial al 20% del básico desde marzo hasta octubre 2015, y en noviembre 2015 y meses posteriores se retomó el Pacto No Salarial por el 40% del salario básico; que al demandante se le realizó un pago por concepto de prima de bienestar en junio de 2014 por \$1'177.200 y, adicionalmente se identificaron pagos pendientes por este concepto, que fueron incluidos en la reorganización empresarial por valor de \$673.912; que los beneficios aludidos no tienen carácter salarial; y que al actor se le adeuda \$17'017.913, pues se le efectuó el pago de dos cuotas de \$979.559 el 14 y 21 de septiembre de 2018.

## **2.2. Llamamiento en Garantía.**

FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA llamó en garantía a **CONFIANZA S.A. y, NACIONAL DE SEGUROS S.A.** (carpeta 08).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

**CONFIANZA S.A.** (archivo 15) se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Señaló que de los hechos de la demanda se puede concluir que el demandante ejercía actividades sustancialmente diferentes al objeto de las demandadas, toda vez que dentro del objeto de esta no se contempla la de Técnico Integral I, para los PAD'S de inyección de agua 1, 2 y 3 de campo QUIFA RUBIALES; que únicamente cubre el patrimonio de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. cuando es condenada como solidaria responsable del contratista, PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. de conformidad con el numeral 1.5 de las condiciones generales de la póliza de seguro; y que no cubre indemnizaciones diferentes a la del artículo 64 del C.S.T.

Finalmente, **NACIONAL DE SEGUROS S.A.** (archivo 16) también se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Explicó que no existe pruebas que permitan establecer la existencia de una relación laboral del actor con FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA; que las demandadas se tratan de empresas independientes y autónomas; que el 11 de abril de 2016 expidió la póliza No. 400002227, en la que obra como Tomador/Afianzado PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. y, como Asegurado/Beneficiario FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA; que el amparo estaba dirigido a cumplimiento del contrato, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y calidad y correcto funcionamiento de los bienes y servicios suministrados; y que la vigencia de la póliza es del 07 de abril de 2016 al 28 de agosto de 2019.

### **3. Providencia Recurrída.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida entre MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO, en calidad de trabajador y, PANTHERS MACHINERY COLOMBIA SAS EN REORGANIZACIÓN, en condición de empleadora vigente de 02 de mayo de 2012 a 30 de abril de 2016, vínculo que terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora, en el que FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA actuó como simple intermediario y, en el que el trabajador devengó como último salario \$1'617.647.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PANTHERS MACHINERY COLOMBIA SAS EN REORGANIZACIÓN y, solidariamente a FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA a pagar a MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO la suma de \$19'416.292,00, debidamente indexada al momento de su pago, según la fórmula indicada en la parte motiva.

**TERCERO: CONDENAR** a CONFIANZA S.A. y NACIONAL DE SEGUROS S.A. a responder por la condena impuesta en el numeral segundo de esta decisión, con base en la afectación de las pólizas CX006378, CX007394, CX008278, N° 400002227 y N° 400005832, hasta el límite que corresponda y atendiendo sus vigencias, de acuerdo con lo indicado.

**CUARTO: DECLARAR** NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas y las llamadas en garantía.

**QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas y llamadas en garantía de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** de esta instancia a PANTHERS MACHINERY COLOMBIA SAS EN REORGANIZACIÓN, FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - SEGUROS CONFIANZA S.A. y, NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES. Por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho el equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de cada una de las convocadas a juicio y llamadas en garantía, a favor del actor.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se acreditó la existencia de una relación laboral entre el actor y PANTHERS MACHINERY COLOMBIA, así como que se adeuda \$19'416.292 por acreencias laborales según proceso de reorganización; que los objetos sociales de las demandadas son coincidentes; que está demostrado que entre el actor y PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. se suscribieron diversos contratos, en el que FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA únicamente actuó como simple intermediario, como quiera que prestó servicios en los campos de esta; que al no advertir su calidad de intermediario FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA debe responder en solidaridad; que se debe reconocer debidamente indexada las condenas como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo del dinero; que las pólizas celebradas con CONFIANZA S.A. y, NACIONAL DE SEGUROS S.A. tenían cobertura para la época de los hechos para pagar salarios y prestaciones sociales que surgieran de la relación laboral en estudio; y que no operó prescripción, puesto que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

encuentran en la calificación del crédito que se adeuda al demandante y se reembolso parte de su valor.

#### **4. Argumentos de las Recurrentes.**

**FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA** adujo se yerra por parte del A Quo al confundir la figura de simple intermediario con la solidaridad, puesto que la primera no es otra cosa que el envío de trabajadores en misión, la que sólo puede ser efectuada por empresas de servicios temporales; que la relación con PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S deviene de contratos comerciales para el suministro y mantenimiento de bombas de agua para la exploración de hidrocarburos, no de suministro de personal; que el demandante en interrogatorio de parte aceptó que sus labores no era propias del sector de hidrocarburos y que realizaba labores de mantenimiento de las bombas; y que no se demostró que el actor desplegó sus actividades en beneficio de la empresa.

Por su parte, **CONFIANZA S.A.** expresó que, no se puede establecer para cuál de los contratos comerciales suscritos entre las demandadas laboró la demandante; que no específico en cuál de las cuatro pólizas se enmarcaba la obligación impuesta; que los únicos riesgos que cubren son las de las pólizas que están asegurando; que la vinculación del actor data de 2012 a 2016, y las acreencias solicitadas son de 2015 y 2016, por lo que, son estas fechas las que se deben tener presente para la afectación de las pólizas; y que no se deben imponer costas pues no son los llamados a reconocer las condenas ni fueron llamadas por el demandante.

Finalmente, **NACIONAL DE SEGUROS S.A.** manifestó que no hay prueba de la solidaridad laboral para determinar la condena en su contra; que la póliza 5832 no tiene cobertura, pues su vigencia de un año después de terminada la relación laboral; que frente a la póliza 2227 únicamente hubo una cobertura parcial, por lo que, conforme al artículo 1092 del C.Co. existe una coexistencia de coberturas, de modo que, es necesario que se establezca de forma clara cuál será la condena por los 23 días en los cuales estuvo vigente tal póliza.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el demandante y las llamadas en garantía, para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA es solidariamente responsable de las condenas impuestas a PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S? y, ¿las llamadas en garantía tienen pólizas vigentes que ampararan los riesgos y/o acreencias laborales objeto de condena?

#### **Tesis**

Revoca parcialmente la decisión de primer grado.

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

#### **Solidaridad.**

El A Quo consideró que era solidariamente responsable FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA por tratarse de un simple intermediario. Al punto, el artículo 35 del C.S.T. establece que son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador; que se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo; y que el que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador, si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Ahora bien, en la relación de intermediación (distinta de la que sucede con las empresas de servicios temporales), el simple intermediario no es empleador, pues esta calidad la tiene quien se beneficia del trabajo que realizan las personas vinculadas por aquel. Por lo tanto, quien ha sido vinculado por un supuesto contratista, que en verdad es un simple intermediario, realmente no le presta sus servicios a este sino a quien se lucra con su actividad laboral.

Al respecto, CSJ SL4479-2020 reiterada en la SL2050-2022 señaló que *“si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como “hombre de paja” o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario (...).”*

De esta manera, dentro del concepto de simple intermediario el rasgo que lo caracteriza es que hay una empresa que se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

comitente, no obstante, en el *sub lite*, el demandante laboraba directamente para PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. y fue esta quien lo contrató y frente a quien presuntamente se ejecutó la relación laboral, sin que fuera objeto de impugnación que dicha vinculación en la realidad se presentó con FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA, por lo que en tales condiciones no se podría establecer la solidaridad como simple intermediario como pareció entenderlo el A Quo.

Pese a lo anterior, artículo 34 del C.S.T. establece que son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva; que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Por tanto, cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante. En ese sentido, para declarar la solidaridad es necesario: (i) la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente; (ii) el vínculo de carácter comercial entre esta última y la persona natural o jurídica que se beneficia de la actividad y (iii) la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos realizados con anterioridad.

Frente al último aspecto debe observarse según CSJ SL7789-2016 y CSJ SL11172-2017 que, este no surge del hecho que las labores del contratista independiente sean idénticas a las del dueño o beneficiario de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

obra, pero tampoco cualquier actividad permite el nacimiento de aquel fenómeno jurídico, deben ser afines; y CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

De esta manera, y descendiendo al caso concreto no existe controversia en cuanto al contrato de trabajo existente entre el demandante y PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S.; asimismo, se avizora que esta celebró los contratos 5500001039, 5500001853, 5500002000, 5500003433, 5500004129 y 9800000421 con FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA para el alquiler y operación de bombas horizontales centrifugas para inyección de agua (carpeta 08).

Del mismo modo, encontramos que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de Técnico Integral I, debiendo poner al servicio de PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo de conformidad con las órdenes que le impartieran; a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores ni trabajador por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia del contrato; y a guardar absoluta reserva sobre los hechos, documentos físicos y/o electrónicos, informaciones y en general, sobre todos los asuntos y materias que lleguen a su conocimiento por causa o con ocasión de su contrato de trabajo.

Igualmente, aceptó PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. al dar contestación a la demanda que las funciones del actor eran las siguientes: Mantenimiento preventivo y correctivo de equipos de producción; Monitorear el estado productivo de los equipos, que permita definir acciones de control y prevención en los procedimientos operacionales; Estabilizar la operación después del encendido de los equipos facilitando el desarrollo continuo del proceso productivo; Extender la vida productiva de los equipos a través de la relación de los mantenimientos preventivos programados; y Mantenimiento de equipos UPS.

Del mismo modo, informó tal demandada en su contestación que el actor prestó sus servicios en campos de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, por lo que, en tales condiciones se hace necesario verificar el objeto social de esta entidad, para determinar si debe responder en solidaridad, el cual es el siguiente:

“Los negocios y las actividades que la sucursal llevará a cabo en Colombia serán los negocios y actividades de exploración, explotación, desarrollo, importación, exportación, comercialización, distribución mayorista o minorista a través de estaciones de servicio automotriz, de aviación, marítima o fluvial, almacenamiento, consumo, refinación, manejo, transporte y demás actividades conexas, de hidrocarburos incluyendo pero sin limitarse a petróleo, gas y combustibles líquidos derivados del petróleo. La oficina sucursal está autorizada para llevar a cabo actividades relacionadas con la exploración y explotación, industrial o comercial o de recursos minerales incluyendo la práctica de la minería en sus diversas formas y fases. En todo el territorio colombiano. Para que la sucursal cumpla con su objeto social. Las actividades mencionadas anteriormente se interpretarán ampliamente y la sucursal podrá realizar todo tipo de actos y contratos, privados o públicos que incluyen pero no se limitan a concesión, asociación, exploración, explotación, producción incremental, evaluación técnica, servidumbre, transacción, avalúo de bienes o de daños, unión temporal, consorcio, sociedad, copropiedad, operación conjunta, riesgo compartido, prestación de servicios, trabajo, asistencia técnica, consultoría, suministro, diseño, obra, operación, mantenimiento, compraventa, uso, usufructo, opción, crédito con o sin garantía, fianza, seguro, transporte, importación, exportación, comercialización, distribución mayorista o minorista, almacenamiento, consumo, refinación, manejo, arrendamiento, leasing, licencia, cesión, prenda, anticresis, hipoteca, comodato, distribución comercial, agencia, comisión, corretaje, franquicia, entre otros, sobre o relacionados con derechos personales o reales, bienes raíces o muebles, tangibles o intangibles, presentes o futuros, públicos o privados. La sucursal podrá adquirir, enajenar y realizar todo tipo de actos y contratos respecto de acciones, bonos y en general títulos valores e instrumentos negociables. Adicionalmente, la sucursal podrá adquirir, mantener, operar, enajenar, ceder, arrendar y en general disponer de derechos sobre minerales y los títulos sobre los mismos; diseñar, construir, rehabilitar, operar y mantener vías públicas o privadas; realizar operaciones de cambio; diseñar, construir, rehabilitar, operar, mantener, reparar, arrendar, vender y en general realizar transacciones civiles y comerciales relacionadas con oleoductos, ploliductos, gasoductos, líneas de transferencia, tanques, válvulas, bombas, instrumentos de medición y calibración, y otros bienes para el transporte de hidrocarburos tales como petróleo, combustibles líquidos derivados del petróleo y gas. La oficina de la sucursal está autorizada para garantizar obligaciones de terceros”.

De esta manera, para la Sala es claro que las actividades que desarrollaba el demandante al servicio de PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. hacían parte del objeto social de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, pues si bien en interrogatorio de parte este señaló que, sus labores no fueron directamente la exploración,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

explotación, consumo o manejo de hidrocarburos, el servicio que prestó sí estuvo relacionado con el objeto social de la tal demandada, ya que, la operación de bombas horizontales centrifugas para inyección de agua en los campos de dicha compañía, se trata de una actividad conexas; por demás que dicha empresa advierte en su objeto social es amplio y, que dentro de otros servicios puede prestar los de diseño, construcción, rehabilitación, operación, mantenimiento, reparación, arrendamiento, venta y en general realizar transacciones civiles y comerciales relacionadas con oleoductos, ploliductos, gasoductos, líneas de transferencia, tanques, válvulas, bombas, instrumentos de medición y calibración, y otros bienes para el transporte de hidrocarburos.

Así mismo, dicho objeto social es afin al de PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. quien realiza el manejo integral de campos y yacimientos petroleros, en las áreas de ingeniería, operaciones y mantenimiento; prestar servicio para procesos de producción y manejo de hidrocarburos desde el yacimiento hasta el mercado, abarcando, soluciones técnicas y comerciales para perforación; producción y refino de petróleos; suplir equipos especializados asociados a la actividad petrolera mediante alquiler; alquiler de plantas de tratamiento para aguas domésticas e industriales; instalación de acueductos, gasoductos, alcantarillados de aguas servidas; construcción y mantenimiento de alumbrados, oleoductos, acueductos, reservorios de agua, cloacas, parques, jardines, áreas verdes, entre otras (fls. 222 a 231 del archivo 09).

En consecuencia, atendiendo que la función que desarrolló el actor no es extraña al objeto social de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA se confirmará la solidaridad declarada por parte del A Quo, al evidenciarse que dicha demandada era beneficiaria de las funciones que desplegaba.

### **Responsabilidad de las Llamadas en Garantía.**

FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA llamó en garantía a NACIONAL DE SEGUROS S.A., teniendo como fundamento las pólizas N° 400002227 y 400005832 (pólizas- carpeta 08).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

Ahora bien, la póliza N° 400002227 y 400005832 fue tomada por PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. teniendo como beneficiario o asegurado a FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, estableciendo como amparo el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del contrato N° 9800000421/A9800000421 y del otro sí de dicho contrato, cuyo objeto es: alquiler de dos (2) bombas de combustión para la inyección de agua con capacidad de inyección de 100.000 bfpd, en los pad´es de campo Quifa, expresando que sus amparos incluye pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales (fls. 38 a 65 del archivo 15).

Igualmente, FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA llamó en garantía a CONFIANZA S.A., teniendo como fundamento las pólizas N° CX006378, CX007394, y CX008268, (pólizas-carpeta 08); dichas pólizas también fueron tomadas por PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. y de igual manera se tuvo como beneficiario o asegurado a FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, estableciendo como amparo el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo de los contratos N° 5500001498, 5500002000, y 5500003433, cuyo objeto es: alquiler de dos (2) bombas de combustión para la inyección de agua con capacidad de inyección de 100.000 bfpd, en los pad´es de campo Quifa y/o Rubiales, expresando que sus amparos incluye pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (fls. 14 a 39 del archivo 14).

Al respecto, destaca la Sala que en la demanda lo que se pretendió fue el pago de la suma de \$21'375.410 por concepto de las siguientes acreencias laborales adeudadas: durante el periodo de marzo de 2015 a abril de 2016, bonos de campo; de marzo a noviembre de 2015, retenciones injustificadas y sin autorización por un porcentaje del 50% del beneficio de alimentación; y en 2014 y 2015, prima de bienestar.

En ese orden de ideas, se observa que los beneficios o los porcentajes de estos que se adeudan, esto es, bonos de campo, beneficio de alimentación y prima de bienestar, no se acreditó su carácter salarial, por demás que tal situación ni siquiera fue objeto de debate; no se tratan de una prestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

social, así como tampoco se encuentra que se hubiera reconocido tal calidad de forma convencional, en el reglamento de trabajo, fallo arbitral, o cualquier acto unilateral del patrono; y no se trata de una indemnización laboral, pues con ellas no se pretende reparar un perjuicio causado por el empleador. En consecuencia, a juicio de la Sala las acreencias laborales adeudadas no tienen cobertura en las pólizas referidas.

Al respecto, se rememora que, conforme preterita sentencia CSJ Exp.10.515 del 18 de julio de 1985, *“prestación social es lo que debe al patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convencionales colectivas o en pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecida en el Reglamento Interno de Trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios prestados por el patrono”*

Finalmente, se tiene que FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA también llamó en garantía a CONFIANZA S.A., por la póliza N° CX008278 (pólizas- carpeta 08); no obstante, esta está referida a una labor ajena a la que se discute en el plenario, esto es, frente al Contrato de Suministro de Bienes y Servicios N° PRS-C-003-13 relacionado con realizar el suministro, entrega, instalación en sitio, programación, adecuación, administración, migración, pruebas, integración a la red integrada de comunicaciones (ric), puesta en marcha, capacitación, y garantías asociadas de veintiséis (26) enlaces de radio microondas punto a punto en configuración hotstandby.

Por lo antes dicho, se **REVOCARÁ el numeral tercero** de la sentencia en su lugar, se ABSOLVERÁ a CONFIANZA S.A. y NACIONAL DE SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra. Igualmente, se **REVOCARÁN PARCIALMENTE los numerales cuarto y quinto** de la sentencia, en cuanto se declararon no probadas las excepciones propuestas por las llamadas en garantía y se absolvió de las demás pretensiones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

incoadas en contra de tales aseguradoras, para en su lugar DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LAS ASEGURADORAS y, ABSOLVERLAS de todas las pretensiones incoadas en su contra.

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA. Sin costas en ambas instancias a cargo de CONFIANZA S.A. y NACIONAL DE SEGUROS S.A.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **REVOCAR el numeral tercero.** En su lugar, se ABSUELVE a CONFIANZA S.A. y NACIONAL DE SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO.** – **REVOCAR PARCIALMENTE los numerales cuarto y quinto** de la sentencia, en cuanto se declararon no probadas las excepciones propuestas por las llamadas en garantía y se absolvió de las demás pretensiones incoadas en contra de tales aseguradoras, para en su lugar, DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LAS ASEGURADORAS y, ABSOLVER a estas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2021-00012 -01.

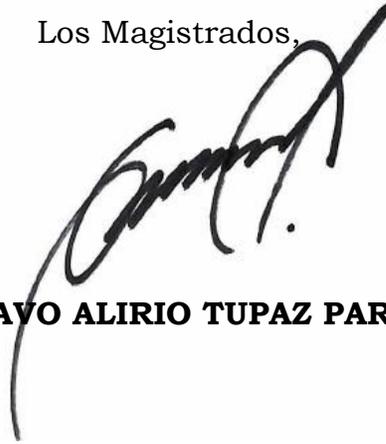
Demandante: **MARCOS ANTONIO HOYOS MOLANO.**

Demandado: **PANTHERS MACHINERY COLOMBIA S.A.S. Y OTRO.**

**CUARTO.** -. Costas en esta instancia a cargo de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA. Sin costas en ambas instancias a cargo de CONFIANZA S.A. y NACIONAL DE SEGUROS S.A.

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

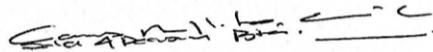
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

Se señalan a cargo de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA. como agencias en derecho la suma de \$750.000.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00362 -01.

Demandante: **ALIX BETTY GARCÍA MORALES.**

Demandado: **COLMENA A.R.L.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 20 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que adelanta **ALIX BETTY GARCÍA MORALES** contra **COLMENA A.R.L.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de madre de la señora Evelia Rosa Hernández García una pensión de sobrevivientes, a partir del 27 de julio de 2018, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 07 de junio de 2018, Evelia Rosa Hernández García cuando se encontraba en plenas funciones como trabajadora de la E.S.E. Hospital La Candelaria del Banco- Magdalena sufrió un accidente cerebro vascular que le generó la muerte el 27 de julio de 2018; **2)** Es hija de la causante; **3)** El 31 de mayo de 2020 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante, se negó con fundamento en que el siniestro que dio origen a la prestación era de origen común; **4)** El 23 de junio de 2020 interpuso recurso de reposición,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00362 -01.

Demandante: **ALIX BETTY GARCÍA MORALES.**

Demandado: **COLMENA A.R.L.**

no obstante, se confirmó la decisión inicial el 28 de agosto de 2020; **5)** El 07 de junio de 2020 solicitó al Hospital La Candelaria que se señalara que el evento que originó la causa de su madre fuera determinado como accidente de trabajo, frente a lo que respondió que no podía ser obligado a reportar tal siniestro como accidente de trabajo; y **6)** Por lo anterior, presentó queja ante el Ministerio del Trabajo, quien efectuó la correspondiente investigación y sanción al Hospital con multa de 60 salarios mínimos.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**COLMENA A.R.L.** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que la causante estuvo afiliada del 01 de noviembre de 2012 al 31 de diciembre de 2016, 14 de marzo de 2017, 03 al 31 de mayo de 2017, y 02 de julio de 2017 al 27 de julio de 2018; que no existe prueba de la calidad de la dependencia económica de la actora hacia la hija fallecida; y que no existe dictamen que determine que la causante falleció como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad laboral.

## **3. Providencia Recurrída.**

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no es dable reconocer pensión de sobrevivientes a cargo de la demandada, puesto que no se demostró el nexo de causalidad, esto es, que el evento que generó el fallecimiento de Evelia Rosa Hernández fue consecuencia de su trabajo o con ocasión de este; que la sanción impuesta al Hospital La Candelario es insuficiente para establecer que se está frente a un accidente de trabajo; y que no milita prueba alguna de la dependencia económica para considerar que la actora pudiera ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hija.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00362 -01.

Demandante: **ALIX BETTY GARCÍA MORALES.**

Demandado: **COLMENA A.R.L.**

#### **4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es posible considerar que el evento que generó el fallecimiento de la señora Evelia Rosa Hernández García fue un accidente de trabajo y, consecuencia que quien debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes es la demandada?

#### **Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

#### **Determinación Del Origen De Un Accidente De Trabajo.**

El accidente de trabajo se encuentra definido en el artículo 3° de la Ley 1562 de 2012; norma que dispone que es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00362 -01.

Demandante: **ALIX BETTY GARCÍA MORALES.**

Demandado: **COLMENA A.R.L.**

De esta manera, como quiera que toda actividad que desarrolla un trabajador en una empresa está expuesta a un riesgo, cuando este se materializa, estamos ante un accidente de trabajo, el que también se configura cuando se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Ahora bien, especial atención merece el inciso 1° del artículo en estudio, al señalar que es accidente de trabajo aquel que sobrevenga **por causa o con ocasión del trabajo**, lo que significa conforme a CSJ SL2582-2019 que en el primer caso, el accidente es derivado de forma directa por el desarrollo de la labor y de actividades relacionadas, y en el segundo, el accidente tiene una causalidad indirecta, es en virtud de un vínculo de oportunidad o de circunstancias, entre el hecho y sus funciones.

Igualmente, es necesario recordar que CSJ SL11970-2017, CSJ SL4704-2021 y CSJ SL183-2021 ha establecido que para que exista accidente de trabajo, debe estar comprobada la relación de causalidad, entre la actividad ejecutada u orden impartida y el hecho generador del siniestro, no obstante, una vez acreditado tal supuesto, le corresponde a la A.R.L. que pretenda liberarse de su responsabilidad, derruir esa conexidad.

En el *sub lite*, se encuentra acreditado que la señora Evelia Rosa Hernández García que el 07 de junio de 2018 ingresó por urgencias al Hospital La Candelaria del Banco- Magdalena, pues había perdido el conocimiento y presentaba diaforesis, palidez, pérdida del habla y de fuerza; misma fecha en la que fue trasladada al Instituto Cardiovascular del Cesar S.A., en donde se diagnosticó que presentaba una Isquemia Cerebral Transitoria Sin Otra Especificación e Hipertensión Esencial Primaria y donde falleció el 27 de julio de 2018 (fls. 50 a 64 y 66 a 1788 del archivo 01).

De esta manera y como lo advirtiera el A Quo, la Sala carece de elementos probatorios para determinar que se está frente a un accidente de trabajo, pues le correspondía a la parte actora acreditar la relación de causalidad, entre la actividad ejecutada u orden impartida y el hecho generador del siniestro, no obstante, y contrario a ello, la única documental

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00362 -01.

Demandante: **ALIX BETTY GARCÍA MORALES.**

Demandado: **COLMENA A.R.L.**

que da cuenta del evento que generó el fallecimiento de la causante es la historia clínica, la cual en ningún momento menciona que la Isquemia Cerebral Transitoria Sin Otra Especificación e Hipertensión Esencial Primaria que tuvo la demandante hubiere podido ser generada por la labor que desarrollaba o con ocasión a esta.

Ciertamente, no bastaba con allegar los estudios clínicos realizados por los médicos tratantes cuando se presentó la urgencia de la demandante, así como los procedimientos que desplegaron estos para lograr su recuperación, era imperativo una actividad probatoria más prolija a fin de que se pudiera establecer que el siniestro aludido y que generó el fallecimiento de la demandante fue consecuencia de su trabajo o con ocasión de este.

En este punto, se esclarece que la Resolución 0131 del 21 de mayo de 2021 proferida por el Ministerio de Trabajo- Territorial Magdalena si bien impuso una sanción de 60 salarios mínimos mensuales legales al empleador de la causante, Hospital La Candelaria, esto fue como consecuencia de la falta de aportación de documentos para establecer qué sucedió con la causante el 07 de junio de 2018 (fls. 39 a 46 del archivo 01), lo que no implica *per se* que se está frente a un accidente de trabajo, pues de tal documento no se logra extraer que lo que generó el fallecimiento del causante fue por su labor o con ocasión a esta, se itera, era carga de la parte actora demostrar la relación de causalidad entre la actividad ejecutada u orden impartida y el hecho generador del siniestro.

En tales condiciones y, dado que no se encuentra demostrado que el origen del accidente que generó el fallecimiento del causante es de origen laboral, no hay lugar a imponer condena alguna a la demandada, pues en tal entendido no se le podría endilgar ningún tipo de responsabilidad al no hacer parte el siniestro de aquellos que cubre el sistema general de riesgos laborales.

Por sustracción de materia, la Sala se abstiene de estudiar si se encuentra acreditada el elemento de la dependencia económica por parte de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00362 -01.

Demandante: **ALIX BETTY GARCÍA MORALES.**

Demandado: **COLMENA A.R.L.**

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá por lo expuesto en la parte considerativa.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

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

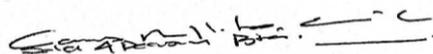
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 10 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO** adelanta contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.**, y la recurrente.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, que pueda retornar al régimen de prima media, junto con todos los valores que hubiere recibido PORVENIR S.A., tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos; y que COLPENSIONES acepte su traslado manteniéndola como afiliada al régimen de prima media.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

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

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** (archivos 05 y 06) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Mediante auto del 13 de enero de 2023 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte COLPENSIONES (archivo 09).

## **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y por ende a PORVENIR S.A.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de junio de 2000 al 30 de abril de 2002, con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

**PARÁGRAFO:** Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el 01 de mayo de 2002.

**TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con recursos propios, desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

**CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir a MARCELA ALVAREZ ROMERO en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a PROTECCIÓN S.A.

#### **4. Argumentos de la Recurrente.**

**COLPENSIONES** expuso que se debe tener en cuenta que la actora realizó un traslado de forma libre y voluntaria, sin presiones; que se encontraba inmersa en una prohibición legal para trasladarse de régimen, por demás que ella acudió de manera voluntaria, lo que no puede ser responsabilidad del fondo de pensiones; que indicó que no estuvo pendiente de su situación pensional, y señaló que conocía características del régimen de ahorro individual, y que la diferenciación de los dos regímenes se encuentra inmersa en la Ley 100 de 1993.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

### **De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 20 de febrero de 1991 presenta aportes en tal régimen, documental visible a folios 81 y 82 del archivo 05; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 01 de junio de 2000 (fl.38 del archivo 06).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 38 del archivo 06 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01 de junio de 2000 con PROTECCIÓN S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Álvarez Romero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de junio de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que no recibió asesoría de PROTECCIÓN S.A. y que se afilió por consejo de su esposo a quien le informaron que el I.S.S se acabaría, que tendría mejores rendimientos, que podría acceder a medicina prepagada, y que existía la posibilidad de una pensión anticipada; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 09 de abril de 2001 y, PORVENIR S.A. el 30 de marzo de 2000 (fls.39 del archivo 04 y 29 del archivo 05), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PROTECCIÓN S.A. de haberle brindado en el año 2000 (año en que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, pues si bien ordenó que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes, rendimientos gastos de administración, capital

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

destinado a seguros previsionales y a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima, también se debe restituir **bono pensional y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le correspondía a **PROTECCIÓN S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados, **comisiones**, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia en tal sentido.

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

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

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

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

### **V. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de aportes, rendimientos, gastos de administración, capital destinado a seguros previsionales y a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima, los valores que hubiere podido recibir por concepto de **bono pensional y comisiones;** rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados.**

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que **PROTECCIÓN S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima, debe devolver **comisiones;** la totalidad de los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

**CUARTO.** – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00102 -01.

Demandante: **MARCELA ÁLVAREZ ROMERO.**

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

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**I. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO** adelanta contra **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 01 de febrero de 2012 hasta el 20 de junio de 2020. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías con su correspondiente sanción por mora, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión y salud, intereses moratorios, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** El 01 de junio de 2011 suscribió contrato de prestación de servicios con la Green Investment S.A.S.; labores que realizó con independencia y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

autonomía; **2)** El 17 de enero de 2012, celebró cesión de su contrato de prestación de servicios con Green Investment S.A.S. y con la demandada, quien asumió las obligaciones del contrato cedido a partir del 01 de febrero del mismo año; **3)** Prestó sus servicios como Médico Pediatra en la Clínica V.I.P. de manera ininterrumpida, con las herramientas, materiales y equipos que la demandada le suministraba, así como debía cumplir reglamento interno de trabajo, asistir a capacitaciones, cumplir las guías de patologías más frecuentes, desarrollar actividades adicionales a los requerimientos legales, reglamentarios, administrativos, y seguir las órdenes que le eran impartidas por personal de dirección, manejo y confianza de esta; **4)** Entre las personas que le impartían órdenes estaba Diego Mauricio Cubillos Apolinar, Patricia Vallejo Suárez, Javier Armando López Barrera, y Atilio Moreno Carrillo; quienes entre otros canales usaban sus correos electrónicos y efectuaban las correspondientes órdenes a su correo institucional, [jair.luna@miclinicavip.com](mailto:jair.luna@miclinicavip.com); **5)** Realizaba su labor de forma personal; **6)** Pediatría dependía del Área de Dirección Científica de la Clínica V.I.P.; **7)** Cumplía los turnos de seis horas que le eran asignados, así: de lunes a viernes de 1:00 P.M. a 7:00 P.M. y los sábados, cada 15 días, de 7:00 A.M. a 1:00 P.M.; **8)** El 20 de mayo de 2020 se le dio por terminado su contrato de trabajo; **9)** Nunca le pagaron las acreencias laborales que reclama, así como se afilió a salud y pensión por su cuenta y riesgo; **10)** Por hora laborada le pagaban: 2012, \$58.000; 2013, \$60.000; 2014, \$61.200; 2015, \$63.400; 2016, \$68.000; 2017, \$71.900; 2018, \$74.800; 2019, \$77.200; y 2020, \$80.100; **11)** El 15 de junio de 2022 presentó reclamación de sus derechos sin que a la fecha se hubiere emitido respuesta, por lo que impetró acción de tutela; y **12)** No fue informado del estado de sus cotizaciones a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses anteriores a la terminación de su contrato de trabajo.

## **2. Respuesta a la Demanda.**

**INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.** (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

Aceptó la suscripción de un contrato de cesión con el demandante y la empresa Green Investment S.A.S. a partir del 01 de febrero de 2012; la prestación de un servicio por parte del actor del 01 de febrero de 2012 al 20 de junio de 2020 como Médico Pediatra en las instalaciones de la Clínica V.I.P.; el cumplimiento por parte del actor de la guía de patologías frecuentes; el uso de correos electrónicos por persona de la empresa; la terminación del contrato de prestación de servicios; la falta de pago de prestaciones sociales, vacaciones y de aportes a seguridad social en salud y pensiones; el valor del pago que se realizaba por hora laborada; la falta de información acerca de los aportes a seguridad social y parafiscales de los tres últimos meses anteriores al finiquito contractual; y que el demandante impetró acción de tutela en su contra.

Adujo que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios en el que el actor era autónomo e independiente, y sin ningún tipo de subordinación, imposición de horario de trabajo, reglamento, procedimientos, llamados de atención, descargos ni permisos; que la programación de servicios eran acordados con el demandante; que no era requisito indispensable del contrato que la prestación del servicio fuera ejecutada personalmente por el actor; que lo que se le pagaba al demandante eran honorarios por los servicios que prestaba; que las capacitaciones se prestaban por la Clínica V.I.P. de conformidad con la disponibilidad del profesional; que nunca se solicitó informe de la prestación del servicio del actor; que los servicios que prestaba el demandante a la sociedad no constituían funciones *sine qua non* para que no se pudiera desarrollar su objeto social; y que su actuar se encuentra revestido de buena fe.

### **3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** que entre JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO e INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA SAS existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 01/02/2012 y finalizó el 20/06/2020 en el que el demandante se desempeñó como médico pediatra y devengó un último salario por valor de \$8'158.689.

**SEGUNDO. CONDENAR** a INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA SAS a reconocer y pagar a JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO los siguientes valores y conceptos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

- a. \$63'270.357 por cesantías
- b. \$218.320 por intereses sobre las cesantías
- c. \$11'552.637 por primas de servicio
- d. \$10'085.046 por compensación de vacaciones; suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo, de conformidad con el I.P.C. certificado por el DANE.
- e. \$48'347.787 por indemnización por despido injusto.
- f. \$34'266.494 por sanción de que trata el art. 99 de la Ley 50/90

**TERCERO. CONDENAR** a INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA SAS a cancelar el cálculo actuarial con destino a Colpensiones o a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el demandante, desde 01 de febrero de 2012 al 20 de junio de 2020. Para el efecto deberá tenerse en cuenta que el demandante devengó los salarios detallados en la parte considerativa de esta decisión.

**CUARTO. CONDENAR** a INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA SAS a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera calculados sobre el importe de las prestaciones sociales aquí establecidas, desde el 21 de junio de 2022 hasta cuando el pago se verifique.

**QUINTO. DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva en su contestación.

**SEXTO. ABSOLVER** a INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.

**SÉPTIMO. COSTAS.** Lo serán a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión señaló que se encuentra acreditado que el demandante se vinculó inicialmente con Green Investment S.A.S. mediante contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de Médico Pediatra, y que dicha contratación se cedió a la demandada a partir del 01 de febrero de 2012; que se demostró la prestación del servicio, pues además de la existencia del contrato aludido los testigos fueron claros en mencionar que el demandante realizaba la labor señalada; que las actividades del actor estaban directamente ligadas con el objeto social de la demandada, por demás que conforme a los testigos Mark Linares Buitrago y Carlos Velásquez el actor debía cumplir un horario de trabajo de 1:00 A.M. a 7:00 P.M., efectuar la entrega personal del turno de forma personal informando las particularidades que tenían los pacientes, por demás que con el testimonio de Diego Apolinar es dable establecer la prestación de un servicio por un médico cada turno, y que sólo en los picos era necesario otros médicos adicionales; que obran comunicados que dan cuenta de la imposición de los turnos secuenciales y permanentes; que si bien el actor realizó labores de coordinación de los turnos, se demostró que esta función la realizaba a título informativo, esto es, señalando las directrices de la demandada, sin poder modificar o cambiar los mismos; que además se acreditó que su pago era mensual, indistintamente de la cantidad de

pacientes que tuviera, y comunicaciones que realizó Diego Cubillos en los que se hace alusión a quejas; que el último salario fue la suma de \$8'158.689; que no se esgrimió justa causa para la terminación del contrato de trabajo, pese a estar acreditado el hecho del despido, por lo que hay lugar a indemnización por tal concepto; que los derechos causados con anterioridad al 15 de junio de 2019 se encuentran prescritos, pues se presentó reclamación el mismo día y mes de 2022, no siendo así con las cesantías y aportes a pensión, pues los primeros se causan con la terminación del contrato y los segundos son imprescriptibles; que no se demostró perjuicio para que haya lugar al pago de aportes a pensión; que hay lugar a sanciones moratorias puesto que la forma en que se desarrolló el contrato de trabajo lejos estaba de ser un contrato de prestación de servicios; y que al demandarse luego de los 24 meses, únicamente es dable reconocer por concepto de sanción moratoria, intereses moratorios.

#### **4. Argumentos de las Recurrentes.**

**JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO** adujo que se presentó la demanda el 17 de junio de 2022 y no el 21 del mismo mes y año como aparece en el acta de reparto, sin que dicha situación le sea endilgable al apoderado ni a la parte, por lo que, en tal sentido era procedente la indemnización moratoria; que según criterio de la Corte Constitucional dicha sanción debe liquidarse para los primeros 24 meses, un día de salario por cada de retardo, y desde el mes 25, intereses moratorios; que también se equivoca el Despacho frente a la sanción por no consignación de las cesantías, puesto que se interrumpió la prescripción el 15 de junio de 2020, debiéndose reconocer dicha indemnización por los periodos de 2018 y 2019, además debe tenerse en cuenta que si el auxilio de cesantías prescribe con la terminación del contrato de trabajo, la misma suerte debe correr la sanción por no consignación, pues se trata de un derecho accesorio a esta; que se debía pagar la indemnización moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social integral; que la indemnización por despido sin justa causa debe ser reliquidada, pues el último salario era de \$9'731.102, valor que también se debe tener como base para la liquidación de la sanción moratoria; y que en otros procesos tramitados ante el Tribunal se ha concedido la indemnización moratoria por cada día de retardo hasta el pago.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

Por su parte, **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.** manifestó que no se encuentra demostrado que la relación laboral estuvo precedida del elemento de la subordinación; que la prestación del servicio no acredita tal subordinación, pues es claro que por el objeto del contrato era necesario realizar un control; que pese a lo anterior, los médicos tenían la posibilidad de establecer su jornada u horario que le fuera más conveniente, por demás que el demandante no sólo prestaba sus servicios para la demandada sino también para otra empresa, tal y como se acreditó en interrogatorio de parte; que según el testimonio de Carlos Velásquez la asignación de turnos o el manejo de estos los establecía cada médico a través del respectivo vocero; que de la documental no se avizora documento alguno que establezca la imposición de horario, por el contrario, el demandante sugería los cambios de turnos y ponía el conocimiento de esto a la demandada y a sus compañeros; que es posible en contratos de prestación de servicios subordinación técnica, recibiendo elementos para la realización de su labor, por demás que las instrucciones que se daban eran consecuencia de las disposiciones de las entidades encargadas de supervisar a la empresa y sobre las cuales el demandante no podía exonerarse en virtud del servicio que prestaba, de modo que estaba era subordinado al sistema de seguridad social; que por lo anterior, es dable efectuar controles y supervisiones, e incluso solicitar informes y realizar auditorías; que así lo que tenemos es que se determinaban horarios para que los médicos asistieran o se capacitaran, estos establecían si asistían o no sin que dicho actuar acarreará una sanción, fijaban sus turnos a conveniencia, y sólo se remitía la base del médico vocero; y que de existir un contrato realidad se debió demandar también a Green Investment S.A.S., no obstante, no se demandó porque el actor se encuentra vinculado con esta entidad.

##### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

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

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

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Es dable en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas considerar que entre las partes existió un contrato de trabajo?, ¿hay lugar a reajustar la indemnización por despido sin justa causa?, ¿desde qué fecha es dable reconocer indemnización moratoria?, ¿a partir de qué fecha operó la prescripción de la sanción por no consignación de las cesantías? y, ¿es dable ordenar moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social y parafiscales?

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **Del Contrato de Trabajo. Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.**

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Ahora, resulta pertinente resaltar que los contratos de prestación de servicios, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, no está vedada una coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión o vigilancia, siempre que dichas acciones no desborden su finalidad, y conviertan tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL609-2022).

Para dar mayor claridad al respecto, se trae a colación que la Recomendación 198 de la O.I.T. que compila un haz de indicios que permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza, si entre las partes existió una relación laboral encubierta (CSJ SL4479-2020). De esta manera, se estará frente a un contrato de trabajo cuando se presente alguno o varios de los siguientes escenarios:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

“(…) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)”.

Dicho lo anterior y, en el caso en estudio, se encuentra que el A Quo declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor e INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S. del 01 de febrero de 2012 al 20 de junio de 2020.

Al respecto, encuentra la Sala que el 14 de agosto de 2017, 07 de febrero de 2019, y 13 de febrero de 2020 la demandada certificó que el demandante se encontraba vinculado mediante contrato de prestación de servicios desde el 06 de junio de 2011 en la especialidad de Pediatría en el área de urgencias y hospitalización en la Clínica V.I.P. Centro de Medicina Internacional (fls.53 a 55 del archivo 01).

Igualmente, obra contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el actor y Green Investment S.A.S. que tiene por objeto que se prestaran los servicios de pediatría en la modalidad de consultas, ambulatorias, hospitalarias y de urgencias y procedimientos, en la Clínica V.I.P. Cafesalud MP- Centro de Medicina Internacional (fls. 56 a 59 del archivo 01); contratación frente al que se aceptó en la contestación de la cesión a quien funge como demandada, por demás que este acto se puede avizorar a folios 60 a 63 del archivo 01.

De esta manera, para la Sala es claro que se encuentra acreditado el elemento de la prestación del servicio, máxime si se tiene en cuenta que los testigos Mark Linares Buitrago y Carlos Velásquez informaron que este no podía ser delegado a cualquier otra persona sin que tan circunstancia no fuera debidamente autorizada por la demandada; en tales condiciones, que le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación.

En este punto, se esclarece que la totalidad de testigos se han estudiado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, por lo que, en su integridad serán tenidos en cuenta.

En cuanto a la subordinación, encuentra la Sala que los testigos Diego Mauricio Cubillos Apolinar y Patricia Vallejo Suárez señalaron en sus condiciones de Director Científico y Coordinadora de Médicos que era el demandante quien ofrecía sus servicios de pediatría y señalaba que los horarios eran de 1:00 P.M. a 7:00 P.M. de los días que pudiera venir; que al actor no se le exigía un mínimo de horas, se le pagaba por hora, atendiera 10 pacientes o no hubiera ninguno, se le pagaba la hora, porque la función por ley era que hubiera un pediatra siempre; que los médicos pediatras coordinaban los turnos a través de un formato lista de turnos y, a través de un vocero, que en algún momento fue el demandante, se organizaba la lista y la atención 24 horas durante los siete días a la semana; que dicho coordinador era voluntario; que los médicos no enviaban correos pidiendo permiso, estos eran para informar que no iban a prestar el servicio, con lo que se les agradecía y se buscaba entre los pediatras quien cubría el servicio; que se ofrecían capacitaciones a los médicos contratistas porque dentro de los sistemas de desarrollo organizacional de las empresas de salud de Colombia, se encuentra el obligatorio cumplimiento de los paquetes instruccionales y es de cumplimiento de cada médico aprender y desarrollar este paquete instruccional; que si el actor no asistía a capacitaciones se le imponía sanción; que nunca solicitaron informes; que el actor también trabajaba para otra empresa de salud de forma simultánea; que cuando un médico no podía asistir, se nombraba el reemplazo y se le pagaba a este; que los turnos dependían de los compañeros y de su necesidad personal; y que estos turnos a veces en la mañana, a veces en la tarde y ocasionalmente los fines de semana.

En tal sentido, frente a la testigo Patricia Vallejo Suárez obran diversos correos electrónicos que remitió a Diego Mauricio Cubillos Apolinar informando de los turnos (fls. 258 a 273 del archivo 07). De esta manera, encontramos que los testigos fueron enfáticos en establecer que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

demandante podía establecer sus propios turnos, que gozaba de autonomía e independencia, aspecto del que también dio cuenta el representante legal al rendir interrogatorio de parte.

Sin embargo, tales manifestaciones a juicio de la Sala no resultan lo suficientemente certeras para establecer que se estaba frente a un contrato diferente a uno de estirpe laboral, puesto que además que los testigos en estudios dieron cuenta que no necesariamente el personal debía ser contratado mediante contrato de prestación de servicios, que al demandante se le pagaba por hora indistintamente de la cantidad de pacientes que acudiera, que una vez se escogía turno por parte de los médicos, estos estaban en la obligación de cumplirlo y, que dichos médicos prestaban sus servicios con los implementos y en las instalaciones dispuestas por la clínica, del soporte documental también es dable desprender elementos atinentes a subordinación.

En efecto, nótese como desde el mismo contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el actor y Green Investment S.A.S., y que fuere cedido a la demandada, se avizoran elementos de los que se puede colegir subordinación, pues en este se establece que el demandante debía prestar el servicio de forma eficiencia y oportuna, cumpliendo con las condiciones de tiempo y lugar acordadas y con los estándares de calidad, oportunidad, protocolos y procedimientos establecidos en la clínica; asistir a las reuniones previo acuerdo entre las partes a las reuniones en la que se le requiera; presentar informes periódicos sobre la prestación de servicios y demás que solicite la clínica; realizar todas las actividades requeridas para el adecuado cumplimiento del objeto del contrato; entregar documentos, reportes e informes en las oportunidades y plazos que acordados; y atender cualquier requerimiento que le haga la empresa (fls. 56 a 59 del archivo 01).

En igual sentido, a folios 89 a 96 del archivo 01 se allegó la estructura organizacional de la empresa, en la que se puede verificar que el demandante prestaba sus servicios en el Área de Dirección Científica se encuentra Pediatría, especialidad que desarrollaba el demandante.

Del mismo modo, al proceso se allegaron diversos correos electrónicos en donde se verifica que el demandante era citado a reuniones, se hacía alusión a planes de choque, se notificaban quejas –en tiempos de espera-, se señalaba la necesidad de cumplir las guías de enfermedades frecuentes, se remitían memorandos y comunicados, se hacían requerimientos grupales frente a llegadas tarde, imposición de registro de huella, capacitaciones, política de uso de aparatos electrónicos, porte de carnet y de la forma cómo se debía tratar al paciente, forma de efectuar órdenes médicas, se hacía alusión a evaluaciones individuales de adherencia a guías de manejo, instrucciones de manejo de paciente covid-19, evaluaciones de desempeño y las correspondientes lista de turnos (fls. 97 a 160, 292 a 325 del archivo 01 y archivo 05).

Es así como para esta Sala cobra mayor sentido lo señalado por los testigos Mark Linares Buitrago y Carlos Velázquez, quienes señalaron en su calidad de médicos pediatras al rendir testimonio que, desde que eran contratados tenían la imposición de un horarios que para el caso del actor era de lunes a viernes de 1:00 P.M. a 7:00 P.M.; que debían realizar la entrega personal de turnos; que era la Directora Científica la que establecía las secuencias de los turnos para lo cual se iban generando la listas; que el demandante cuando fue coordinador sólo transcribió la información de los turnos que cada quien sabía a un Excel, para que todas las personas que laboraban en la clínica supieran quién iba a llegar en la mañana, en la tarde y, en la noche; que el actor no podía variar tal lista; que la manera que se controlaba el horario era con la llegada del compañero que venía a recibir turno, si este no llega, seguían y también había una serie de memorandos y correos donde les pedían que el cumplimiento del horario y de hacer la entrega tanto presencial como del sistema del turno; que la clínicas los suministraba todos los elementos para la atención del paciente, tales como, fonendoscopios pediátricos, equipos de órganos pediátricos, taxímetros, pesabebés, consultorio computador, batas, elementos de oficina, entre otras; que en el evento que una persona no pudiera asistir debían comunicarse con la Dirección Científica para documentar la información personal o familiar y esta informaba cuál era el paso a seguir; que no se podía simplemente no ir, había que informarlo y evaluar cuál iba hacer la solución para hacer la cobertura de esa área para que no pudiera estar

desprotegida; que lo que sugería la clínica con respecto al remplazo era que fuera uno de los pediatras del staff, puesto que no se podía alguien externo; que el demandante recibía órdenes del Director Científico y que estas eran con relación al cumplimiento de horario, entrega de turnos, asistir a reuniones de junta médica, devoluciones de pacientes, glosas y quejas; que las reuniones eran obligatorias; que las ordenes las impartieron Diana Barreiro, Diego Cubillos y Atilio Moreno; que el demandante debía cumplir con procedimientos, protocolos, y guías internas; que algunas de estas guía eran desarrolladas por la misma clínica; que el médico coordinador era elegido por la Dirección Científica; que nunca eligió coordinador o vocero; que habían informes en los que se debía poner en conocimiento cómo era el comportamiento del piso de pediatría en el área de hospitalización, y en ese sentido se tenía que llevar el giro cama, el porcentaje de ocupación, y de satisfacción; que en las reuniones pedían explicaciones de algunos pacientes en específico; que si los médicos contratistas no seguían las guías, esto perjudicaba los índices de calidad de la clínica; y que sólo en los picos se contrataba personal que no era permanente.

Así las cosas, la Sala no encuentra elementos de juicio contundentes para determinar que se estaba frente a un servicio autónomo e independiente, máxime que la prestación de un servicio simultaneo por parte del demandante a otra empresa no implica necesariamente que no se estuviera frente a un contrato de trabajo, pues conforme al artículo 26 del C.S.T. es permitida la coexistencia de contratos. Asimismo, no se verifica que se estuviera frente a una mera coordinación, por el contrario y como quedó visto se desplegaron actos de subordinación, por demás que al estarse frente a la prestación de un servicio de salud y especialmente de urgencias pediátricas, que es un servicio 24/7 lo razonable en virtud de la importancia que reviste tal servicio y el compromiso que se tiene frente a derechos fundamentales de los pacientes, es precisamente acudir a servicios con un estricto cumplimiento de horario de trabajo, supervisión, control y subordinación.

Finalmente, y en cuanto a la relación que depreca la demandada frente a Green Investment S.A.S. al no haber sido tal situación objeto de controversia ni objeto de pretensión, la Sala se encuentra vedada para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

efectuar un pronunciamiento al respecto. En consecuencia, se confirmará la declaratoria del contrato de trabajo.

### **Reajuste Indemnización por Despido Injusto.**

Cuando se está frente a un salario variable la indemnización por despido sin justa causa se liquida con el promedio de los salarios devengados por el trabajador en lo transcurrido del último año de servicios (CSJ SL13518-2017 y CSJ SL4743-2018).

Ahora bien, el A Quo impuso como último salario la suma de \$8'158.689; valor que no es coincidente con el promedio de lo percibido por el demandante en el último año de sus servicios, pues conforme a los comprobantes de egreso visibles a folios 367 a 373 del archivo 07, alcanzó un promedio de \$8'135.459,91, puesto que recibió las siguientes sumas:

<b>Mes</b>	<b>Salario Comprobante</b>	<b>Salario</b>
ene-20	15 días- \$5.708.829,00 15 días- \$8.835.092,00	\$ 7.271.960,50
feb-20	15 días- \$8.835.092,00 15 días- \$7.615.645,00	\$ 8.225.368,50
mar-20	15 días- \$7.615.645,00 15 días- \$8.179.767,00	\$ 7.897.706,00
abr-20	15 días- \$8.179.767,00 15 días- \$8.884.919,00	\$ 8.532.343,00
may-20	15 días- \$8.884.919,00 15 días- \$8.340.944,57	\$ 8.612.931,79
jun-20 (20 días)	20 días- \$8.340.944,57	\$ 5.560.629,71
<b>Promedio</b>		<b>\$ 8'135.459,91</b>

Al punto, ténganse en cuenta que en los comprobantes de egreso aludidos se hace referencia a que cada uno de ellos contabiliza 15 días del mes que pasó y 15 días del mes que se está por pagar. Igualmente que, el último comprobante si bien contiene la cifra de \$9'731.102 contiene el pago de 15 días de mayo y 20 días de junio, por lo que, no se pagó sobre un promedio de 30 días sino de 35, siendo su equivalente a 30 días la suma de \$8'340.944,57.

Así las cosas, sería dable reajustar la indemnización por despido sin justa causa, sino fuera porque dicho salario es menor que el dispuesto por el A Quo, y tal circunstancia iría en contra de quien presentó el recurso de apelación en tal sentido, esto es, la parte actora, por lo que, en virtud del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

principio de la *no reformatio in pejus*, se confirmará la condena por concepto de la indemnización en estudio.

### **Fecha de Contabilización de la Indemnización Moratoria.**

Sobre el tópico, CSJ Rad. 36577 del 06 de mayo de 2010, CSJ Rad. 38.177 del 03 de mayo de 2011, y CSJ Rad. 46.385 del 25 de julio de 2012, reiteradas en la CSJ SL2805-2020 y CSL SL2307-2021, ha establecido que la intención del legislador con el artículo 65 del C.S.T. modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, concretamente para aquellos trabajadores que percibiesen una asignación mensual superior al salario mínimo, siempre y cuando interpusieran la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios.

Así las cosas, y como quiera que el salario devengado por el demandante estaba por encima del mínimo legal y demandarse dentro de los dos años siguientes a la terminación del contrato de trabajo, la sanción moratoria correspondía a un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Al punto, ciertamente le asiste razón al demandante en cuanto a que su demanda se impetró el 17 de junio de 2022 a las 14:56 horas, según documental obrante en el archivo 02, donde consta que la demanda en línea se presentó ante reparto en la calenda citada, por lo que, es dable la condena deprecada; recuérdese que en virtud de la utilización de los medios electrónicos e informáticos es posible constatar exactamente la fecha de presentación del escrito de demanda, por lo que ante tal situación resultaba razonable acudir a este para verificar si había sido interpuesta dentro del término de dos años para establecer la forma en qué sería reconocida la sanción moratoria.

Igualmente y, como quiera que se demostró que el último salario percibido por los 20 días de junio de 2020, fue la suma de \$5'560.629,71,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

se tiene que el salario diario del demandante correspondía a \$278.031,49, por lo que, se **MODIFICARÁ el cuarto** de la sentencia en tal sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria se deberá pagar a partir del 21 de junio de 2020, la suma diaria de \$278.031,49 hasta el mes 24 y, a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

### **Prescripción Sanción por no Consignación de las Cesantías.**

Al punto, se hace menester recordar que los términos prescriptivos de las cesantías y de la sanción por su no consignación no transitan por igual camino, en tanto su exigibilidad surgen en épocas diferentes, toda vez que el primero, se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010,), mientras que el segundo, nace en los términos del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, por tanto, se contabiliza desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda las cesantías causadas y que se dejaron de consignar, por ende, su exigibilidad emerge desde tal día (CSJ Rad. 35.630 del 01 de febrero de 2011, reiterada en la CSJ SL2512-2020 y CSJ SL912-2023).

De esta manera, es claro que no le asiste razón al apoderado de la parte actora, puesto que frente a la sanción por no consignación de las cesantías, sólo se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo con la reclamación presentada el 15 de junio de 2022 (fls. 49 a 52 del archivo 01), de modo que, se extinguieron aquellas que se causaron con anterioridad al 15 de junio de 2019 hacia atrás, tal y como lo dispuso el A Quo.

No siendo otro el motivo de inconformidad frente a tal sanción, la condena impuesta se confirmará.

### **Estado de Aportes a Seguridad Social y Parafiscales.**

Finalmente, en cuanto al estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad, ciertamente el párrafo 1° del artículo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

29 de la Ley 789 de 2002 establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del C.S.T., el empleador deberá informar por escrito al trabajador dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de dichos pagos sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen; no obstante, la parte actora no solicitó qué condena quería se impusiera ante el incumplimiento de tal obligación, por manera que esta Sala está vedada para imponerla, pues únicamente informó en los hechos que no fue informado del estado de sus cotizaciones a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses anteriores a la terminación de su contrato de trabajo; al punto, recuérdese que carece de las facultades ultra y extra petita, ya que, estas están reservadas para el juez de única y de primera instancia (CSJ SL440-2021).

#### **IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia en tal sentido de establecer que por concepto de **indemnización moratoria** se deberá pagar a partir del 21 de junio de 2020, la suma diaria de \$278.031,49 hasta el mes 24 y, a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00255 -01.

Demandante: **JAHIR ALEJANDRO LUNA BADILLO.**

Demandado: **INVERSIONES SEQUOIA COLOMBIA S.A.S.**

**TERCERO.** -. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$800.000.



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

#### SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

#### GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **1. ASUNTO**

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que interpusieron **MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL** y **LUISA ELVIRA DEL PILAR MADERO OROSTEGUI** contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de enero de 2023, y el grado jurisdiccional a favor de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra la otra recurrente y la beneficiaria de la consulta.

#### **2. AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la abogada Marcela Patricia Ceballos Osorio, identificada con la cédula de ciudadanía 1.075.2277.003 y TP No. 214.303 del CSJ de acuerdo con la escritura pública No. 1520 del 18 de mayo de 2023. Asimismo, se reconoce personería a la abogada Verónica González Alfaro, identificada con la cédula de ciudadanía 1.020.784.934 y TP No. 298.205 en calidad de abogada de la mencionada entidad de acuerdo con el poder de sustitución visible a en el archivo 05poder.pdf.

#### **3. ANTECEDENTES**

##### **3.1. Pretensiones y Hechos.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita de la demandada Luisa Elvira Madero se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 2 de enero de 1980 al 30 de julio de 1991 y se ordene a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensión en el mismo periodo con destino a Colpensiones para que esta a su vez le reconozca la pensión de vejez desde los 57 años, junto con el pago de los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: nació el 28 de enero de 1960, prestó sus servicios a la demandada Luisa Elvira Madero mediante contrato de trabajo desde el 2 de enero de 1980 al 30 de julio de 1991 en el cargo de auxiliar de cocina, que pese a estar afiliada a Colpensiones la demandada no realizó los aportes en pensión, que cotizó 760 semanas, pero si se incluyeran las generadas con la demandada tendría más de 1355 semanas suficientes para acceder a su derecho a la pensión de vejez, por lo reclamó su derecho el 6 de noviembre de 2019, pero fue negado mediante Resolución SUB344399 del 17 de diciembre de 2019 por no contar con el número mínimo de semanas (fl. 1 a 8 archivo expedientedigitalizado.pdf).

### **3.2. Respuesta a la Demanda.**

Luisa Elvira Madero contestó a la demanda, solo aceptó el hecho referente a la edad y a las semanas cotizadas ante Colpensiones, frente a las pretensiones se opuso a ellas, negó la existencia del contrato de trabajo e indicó que tiene un establecimiento de su propiedad denominado “Golosinas Pily” y que si bien contrató a la demandante lo hizo de forma esporádica desde el 9 de julio de 1988 al mes de julio de 1991, por lo que no es cierto que deba a Colpensiones el cálculo actuarial que liquidó. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de la obligación y prescripción (fl. 56 a 61 *ibid.*)

Por su parte, Colpensiones al contestar la demanda aceptó que liquidó el cálculo actuarial que debía pagar Luis Madero, pero no fue pagado, que la actora tiene más de 760 semanas de cotización, que reclamó la pensión

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

de vejez, pero que la negó por no cumplir con los requisitos mínimos. Se opuso a todas las pretensiones y formuló las excepciones de prescripción, caducidad, no configuración de intereses moratorios, inexistencia del derecho, falta de causa para pedir y la genérica (fl. 40 a 44 ibid.).

### **3.3. Providencia Recurrida.**

Se trata de la sentencia proferida por el *a quo* en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL y la demandada LUISA ELVIRA DEL PILAR MADEO OROSTEGUI existió una relación laboral 02 de enero de 1980 al 30 de julio de 1991, en vigencia del cual la ex trabajadora devengo un smlmv.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial, respecto de la vigencia de la relación laboral que la señora MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL sostuvo con la demandada LUISA ELVIRA DEL PILAR MADERO OROSTEGUI, esto es entre el 02 de enero de 1980 al 30 de julio de 1991, de conformidad con los smlmv establecidos por el Gobierno Nacional para cada anualidad.

TERCERO: CONDENAR a la demandada LUISA ELVIRA DEL PILAR MADERO ORSTEGUI a pagar el precitado cálculo actuarial que efectúe COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL incluyendo los periodos cotizados por LUISA ELVIRA DEL PILAR MADERO OROSTEGUI, entre el 02 de enero de 1980 al 30 de julio de 1991, previo que se reciba a satisfacción el pago del cálculo actuarial.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a que una vez sea efectuado el pago del cálculo actuarial aquí ordenado, estudie nuevamente la solicitud de reconocimiento pensional elevada por la señora MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL, teniendo en cuenta lo considerado en esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, relevándose el Despacho del estudio de las demás.

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada LUISA ELVIRA DEL PILAR MADERO OROSTEGUI, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 pesos.

OCTAVO: ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, D.C. – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

Para arribar a la anterior decisión, señaló que, de acuerdo con la contestación de la demandada, la declaración extraprocesal rendida el 7 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

junio de 2017 y del derecho de petición elevado ante Colpensiones el 4 de mayo de 2018, se logró colegir que la demandada confesó que contrató a la actora desde el 2 de enero de 1980 al 30 de julio de 1991 por lo que al no existir pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones ordenó su reconocimiento a través de cálculo actuarial.

Respecto de la pensión de vejez, indicó que la actora cumplió los 57 años el 28 de enero de 2017 y con los tiempos laborados que incluyeron en el cálculo actuarial logró reunir más de 1300 semanas, sin embargo se abstuvo de su reconocimiento, por cuanto la actora fue afiliada en el mes de agosto de 1991 y en ese sentido, Colpensiones no se encontraba obligada a perseguir esos aportes antes de esa fecha, por lo que deberá esperar a que se pague dicho calculo actuarial y una vez efectuado, se estudie el reconocimiento de la pensión de vejez.

#### **3.4. Argumentos de las Recurrentes.**

La parte actora inconforme con la decisión aseveró que la demandada siempre conoció del vínculo laboral con la actora, por lo que Colpensiones debió iniciar las acciones de cobro respectivas y en ese sentido, debió reconocer la pensión deprecada en la demanda.

A su turno, Luisa Elvira Madero manifestó que no existió contrato de trabajo con la demandante de forma continua, pues el establecimiento de comercio solo fue abierto al público en 1988 según el registro de cámara y comercio, aunado a que los testigos Luis Torres y Miriam Fajardo fueron claros en afirmar que la actora laboró esporádicamente con la demandada, por tal razón se debe revocar la sentencia.

#### **3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 9 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 17 de julio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en los artículos 66 A y 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

#### **4. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Quedó demostrada la existencia del vínculo laboral entre María Custodia Murillo Bernal y Luisa Elvira Del Pilar Madero Orostegui? y en caso afirmativo, ¿Es viable ordenar el pago a través de cálculo actuarial de tiempos cotizados con la demandada y con ello, el reconocimiento pensional?

##### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

##### **4.1. De la existencia del contrato de trabajo.**

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, (artículo 23 del C.S.T) correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo (Art. 24 C.S.T) y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ 29 jun. de 2011, Rad 39377, reiterada en providencia CSJ SL12872-2017, entre muchas otras.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Así, para esta Sala son débiles los argumentos de la demandada frente a este punto al limitarse a afirmar que el establecimiento de comercio solo fue abierto al público en 1988 según el registro de cámara y comercio y que antes de esa fecha no era posible contratar a la demandante, pues no existía jurídicamente, dejando de lado que tales establecimientos carecen de personería jurídica, pues a la luz del artículo 515 del Código de Comercio, el establecimiento de comercio solo es un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa, por lo que una misma persona puede tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio puede pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

Bajo ese entendido, independientemente del registro de establecimiento de comercio en 1988, eso no impide para que las actividades económicas de Luisa Elvira Madero iniciaran antes, como en efecto se probó, y con ello que la relación laboral iniciara tiempo atrás. En efecto, de la confesión hecha por la demandada ante el Notario 49 del Círculo de Bogotá el 7 de junio de 2017 (fl. 18 archivo 01expdientedigitalizado.pdf), no solo aceptó los extremos de la relación laboral, sino los salarios devengados por la actora desde 1980 a 1991, así:

*NOTARIA CUARENTA Y NUEVE (49)  
DEL CIRCULO DE BOGOTA D. C.  
DECLARACIÓN EXTRAPROCESO  
DECRETO 1.557 DEL 14 DE JULIO DE 1989  
1667*

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia siendo el 7 de JUNIO de 2017, ante mí JESUS GERMAN RUSINQUE FORERO, NOTARIO 49 DE BOGOTÁ D.C., comparecieron quienes dijeron ser: MADERO OROSTEGUI LUISA ELVIRA DEL PILAR, mayor de edad, identificado(a) con C.C. No. 51.663.484 DE BOGOTÁ D.C., de estado civil CASADA CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE, ocupación: ODONTOLOGA, vecino(a) de esta ciudad y residente en la: KM. 2 VIA A TABIO JUARIGUA, CAJICA, y MURILLO BERNAL MARIA CUSTODIA, mayor de edad, identificado(a) con C.C. No. 51.716.554 DE BOGOTÁ D.C., de estado civil CASADA CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE, ocupación: HOGAR, vecino(a) de esta ciudad y residente en la: CLL. 3 No. 8G - 08, quienes en su entero cabal y juicio hizo la siguiente manifestación: PRIMERO.- Que esta declaración la hacemos bajo la gravedad de juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso. SEGUNDO.- Que no tienen ninguna clase de impedimento para rendir esta declaración, la hacen a la entera y única responsabilidad. TERCERO.- Que la declaración aquí rendida libre de todo apremio y espontáneamente versa sobre hechos de los cuales da plena fe y testimonio. CUARTO.- Que esta declaración la hace para ser presentada y entregada a: QUIEN CORRESPONDA PARA LOS FINES LEGALES PERTINENTES con el fin de: cumplir como requisito. QUINTO.- Por tal motivo manifiesto que: YO LUISA ELVIRA DEL PILAR MADERO OROSTEGUI BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO DECLARO QUE LA SEÑORA MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL CON QUIEN LABORÓ DESDE EL 02 DE ENERO DE 1980 HASTA EL 30 DE JULIO DE 1991, DESEMPEÑANDO FUNCIONES DE AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES TRABAJANDO DE LUNES A SABADO DE 9:00 am A 6:00 pm, DE IGUAL FORMA QUE POR OMISIÓN NO AFILIE A LA SEÑORA MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL A PENSION EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, DESDE EL 02 DE ENERO DE 1980 HASTA EL 30 DE JULIO DE 1991, TIEMPO EN EL CUAL DEVENGÓ LOS SIGUIENTES SALARIOS:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

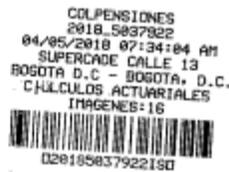
Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

AÑO	SALARIO MENSUAL
1980	\$4.500
1981	\$5.700
1982	\$7.410
1983	\$9.261
1984	\$11.298
1985	\$13.557
1986	\$16.811
1987	\$20.510
1988	\$25.637
1989	\$32.556
1990	\$41.025
1991	\$51.720.

Corrobora lo anterior, lo manifestado por esta el ante Colpensiones cuando solicita el cálculo actuarial por el tiempo trabajado por la demandante (fl. 22 Ibid):

Bogotá, 03 mayo de 2018

Señores  
COLPENSIONES



#### DERECHO DE PETICION

**ELVIRA DEL PILAR MADERO OROSTEGUI**, identificado con cedula de ciudadanía 51.563.484 de Bogotá, actuando como Persona Natural, haciendo uso del Derecho de Petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, en armonía el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presento mi petición respetuosa, la cual fundamento en los siguientes hechos:

#### HECHOS

**PRIMERO: MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL**, nació el 28 de enero de 1960 y se identifica con la Cédula de Ciudadanía, No. 51.716.554 de Bogotá

**SÉGUNDO: MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL** laboró desde el 02 de enero de 1980 hasta 30 de julio de 1991, con funciones de Auxiliar Servicios Generales, trabajando de lunes a sábado de 9: a.m. a 6: p.m.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

**TERCERO:** Reconozco que por omisión no afilié a pensión a **MARIA CUSTODIA MURILLO BERNAL** con el Instituto de Seguros Sociales. desde el 02 de enero de 1980 hasta 30 de julio de 1991. tiempo en cual devengo los siguientes salarios:

AÑO	SALARIO MENSUAL
1.980	\$ 4.500
1.981	\$ 5.700
1982	\$ 7.410
1983	\$ 9.261
1984	\$11.298
1985	\$13.557
1986	\$16.811
1987	\$20.510
1988	\$25.637
1989	\$32.556
1990	\$41.025

Por lo anterior, independientemente de lo dicho por los testigos Luis Torres y Miriam Fajardo, la demandada confesó no solo la existencia del contrato de trabajo, sino sus extremos y el salario devengado por la demandante, por lo que se confirmará este punto de la sentencia atacada y se abordará el siguiente problema jurídico.

#### **4.2. Del cálculo actuarial y la pensión de vejez.**

Dicho lo anterior, se aborda el segundo problema jurídico consistente en el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, como lo solicita la demandante en su recurso, por lo que se hace necesario remitirse al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que establece que para que haya lugar a pensión se deben acreditar 57 años para la mujer, y 1300 semanas de cotización; la norma en mención establece:

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Frente al requisito de edad, se constata que, aunque no se aportó registro civil de nacimiento de la demandante, prueba *ad substantiam actus* para demostrar la edad, se aportó su cédula de ciudadanía, la cual se tendrá en cuenta para ese efecto, en aras de no incurrir en *exceso ritual manifiesto* (CC T113 -2019), en la que se constata que la actora nació el 28 de enero de 1960, por lo que cumpliría los 57 años el mismo día y mes de 2017.

En cuanto al requisito de semanas, y dado que el motivo de inconformidad de la demandante en su recurso va encaminado a que Colpensiones reconozca la pensión de vejez independientemente de la orden de pago de cálculo actuarial, resulta pertinente hacer alusión a la diferencia entre la **mora** y la **falta de afiliación** por parte de un empleador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia SL1078-2021 reiterada en la SL205-2022, que en la primera situación –esto es, la mora -, la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que la segunda situación, se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial, así lo precisó en primera de ellas:

“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993

(...) En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, **se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente**, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). (Negrillas por la Sala).

De esta manera, la falta de afiliación u omisión de reporte de ingreso del trabajador por parte de su empleador, si bien no genera la pérdida del derecho a la pensión, solo es dable incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del **cálculo actuarial** representado por un bono o título pensional, como en efecto lo dijo el *a quo*; ello como quiera que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de tales aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización, lo que no permite que adelante las acciones de cobro contra la empleadora omisa, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo (CSJ SL5058-2020, CSJ SL3609-2021, CSJ SL3845-2021 y CSJ SL1506-2021).

No obstante, exigirle a la empleadora el pago del cálculo actuarial para contabilizar el periodo laborado por la demandante, no resulta acertado por parte del juzgado de primera instancia, pues al configurarse el tiempo laborado con la demandada y al declararla obligada a pagarlo, lo consecuente es que pueda sumarse ese tiempo como lo persigue la recurrente (CSJ SL3285-2021). Así, dado que en la historia laboral de COLPENSIONES se reflejan **760** semanas (fl. 29 Idem.), que sumadas a la condena impuesta por cálculo actuarial por el periodo del 2 enero de 1980 y el 30 de julio de 1991 que equivale a 595,4 semanas, por cuanto se demostró la existencia de una relación laboral que así la genere, se tiene que la accionante apenas alcanza **1355,4 semanas**, que son suficientes para el reconocimiento prestacional, pues como lo señaló la norma en precedencia, a partir del año de 2015 se requiere como mínimo haber cotizado 1300 semanas, más cuando al 1° de abril de 1994 la actora solo tenía 676,7 semanas y 34 años.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

Es así como con la ayuda del Grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura con el que cuenta esta Sala se procedió a efectuar la liquidación la cual se anexa a esta sentencia, con los siguientes resultados:

<b>Cálculo Toda la vida Laboral</b>								
<b>AÑO</b>	<b>Nº. Días</b>	<b>IPC inicial</b>	<b>IPC final</b>	<b>Factor de indexación</b>	<b>Sueldo promedio mensual</b>	<b>Salario actualizado</b>	<b>Salario anual</b>	
1980	365	0,720	93,11	129,319	\$ 4.500,00	\$ 581.937,50	\$ 7.080.239,58	
1981	365	0,900	93,11	103,456	\$ 5.700,00	\$ 589.696,67	\$ 7.174.642,78	
1982	365	1,140	93,11	81,675	\$ 7.410,00	\$ 605.215,00	\$ 7.363.449,17	
1983	365	1,410	93,11	66,035	\$ 9.261,00	\$ 611.554,40	\$ 7.440.578,59	
1984	366	1,650	93,11	56,430	\$ 11.298,00	\$ 637.549,56	\$ 7.778.104,68	
1985	365	1,950	93,11	47,749	\$ 13.557,60	\$ 647.358,02	\$ 7.876.189,22	
1986	365	2,380	93,11	39,122	\$ 16.811,40	\$ 657.693,05	\$ 8.001.932,08	
1987	365	2,880	93,11	32,330	\$ 20.509,80	\$ 663.078,99	\$ 8.067.460,99	
1988	366	3,580	93,11	26,008	\$ 25.637,40	\$ 666.787,24	\$ 8.134.804,31	
1989	365	4,580	93,11	20,330	\$ 32.559,60	\$ 661.926,72	\$ 8.053.441,70	
1990	365	5,780	93,11	16,109	\$ 41.025,00	\$ 660.871,58	\$ 8.040.604,26	
1991	354	7,650	93,11	12,171	\$ 52.887,29	\$ 643.703,97	\$ 7.595.706,89	
1992	366	9,700	93,11	9,599	\$ 70.260,00	\$ 674.423,57	\$ 8.227.967,52	
1993	60	12,140	93,11	7,670	\$ 89.070,00	\$ 683.139,02	\$ 1.366.278,04	
1998	283	31,210	93,11	2,983	\$ 198.505,37	\$ 592.208,75	\$ 5.586.502,54	
1999	225	36,420	93,11	2,557	\$ 236.460,00	\$ 604.524,73	\$ 4.533.935,46	
2000	300	39,790	93,11	2,340	\$ 260.100,00	\$ 608.643,15	\$ 6.086.431,52	
2006	300	58,700	93,11	1,586	\$ 408.000,00	\$ 647.170,02	\$ 6.471.700,17	
2007	360	61,330	93,11	1,518	\$ 433.975,00	\$ 658.852,31	\$ 7.906.227,74	
2008	352	64,820	93,11	1,436	\$ 461.500,00	\$ 662.916,77	\$ 7.778.223,43	
2009	350	69,800	93,11	1,334	\$ 497.000,00	\$ 662.975,21	\$ 7.734.710,84	
2010	356	71,200	93,11	1,308	\$ 515.000,00	\$ 673.478,23	\$ 7.991.941,67	
2011	350	73,450	93,11	1,268	\$ 536.000,00	\$ 679.468,48	\$ 7.927.132,29	
2012	351	76,190	93,11	1,222	\$ 566.700,00	\$ 692.550,69	\$ 8.102.843,06	
2013	359	78,050	93,11	1,193	\$ 589.500,00	\$ 703.245,93	\$ 8.415.509,65	
2014	360	79,560	93,11	1,170	\$ 616.000,00	\$ 720.912,02	\$ 8.650.944,19	
2015	360	82,470	93,11	1,129	\$ 644.350,00	\$ 727.481,85	\$ 8.729.782,25	
2016	360	88,050	93,11	1,057	\$ 689.455,00	\$ 729.076,15	\$ 8.748.913,81	
2017	90	93,110	93,11	1,000	\$ 737.717,00	\$ 737.717,00	\$ 2.213.151,00	
<b>Total días</b>	<b>9553</b>	<b>Total devengado actualizado a:</b>				<b>2017</b>	<b>\$ 209.079.349,42</b>	
<b>Total semanas</b>	<b>1364,71</b>	<b>Ingreso Base Liquidación</b>				<b>\$ 656.587,51</b>		
<b>Total Años</b>	<b>25,10</b>	<b>Porcentaje aplicado</b>				<b>66,6%</b>		
		<b>Primera mesada</b>				<b>\$ 436.991,73</b>		
		<b>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año</b>				<b>2017</b>	<b>\$ 737.717,00</b>	

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

<b>Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral</b>								
<b>AÑO</b>	<b>Nº. Días</b>	<b>IPC inicial</b>	<b>IPC final</b>	<b>Factor de indexación</b>	<b>Sueldo promedio mensual</b>	<b>Salario actualizado</b>	<b>Salario anual</b>	
2007	312	61,330	93,11	1,518	\$ 434.000,00	\$ 658.890,27	\$ 6.852.458,76	
2008	352	64,820	93,11	1,436	\$ 461.500,00	\$ 662.916,77	\$ 7.778.223,43	
2009	350	69,800	93,11	1,334	\$ 497.000,00	\$ 662.975,21	\$ 7.734.710,84	
2010	356	71,200	93,11	1,308	\$ 515.000,00	\$ 673.478,23	\$ 7.991.941,67	
2011	350	73,450	93,11	1,268	\$ 536.000,00	\$ 679.468,48	\$ 7.927.132,29	
2012	351	76,190	93,11	1,222	\$ 566.700,00	\$ 692.550,69	\$ 8.102.843,06	
2013	359	78,050	93,11	1,193	\$ 589.500,00	\$ 703.245,93	\$ 8.415.509,65	
2014	360	79,560	93,11	1,170	\$ 616.000,00	\$ 720.912,02	\$ 8.650.944,19	
2015	360	82,470	93,11	1,129	\$ 644.350,00	\$ 727.481,85	\$ 8.729.782,25	
2016	360	88,050	93,11	1,057	\$ 689.455,00	\$ 729.076,15	\$ 8.748.913,81	
2017	90	93,110	93,11	1,000	\$ 737.717,00	\$ 737.717,00	\$ 2.213.151,00	
<b>Total días</b>	<b>3600</b>					<b>Total devengado actualizado a: 2017</b>		<b>\$ 83.145.610,95</b>
<b>Total semanas</b>	<b>514,29</b>					<b>Ingreso Base Liquidación</b>		<b>\$ 692.880,09</b>
<b>Total Años</b>	<b>10,00</b>					<b>Porcentaje aplicado</b>		<b>66,5%</b>
						<b>Primera mesada</b>		<b>\$ 460.975,82</b>
						<b>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2017</b>		<b>\$ 737.717,00</b>

De lo anterior, independientemente de si toma toda la vida laboral o los diez últimos años de cotización, el monto de la mesada pensional será del salario mínimo, por lo que se modificará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, y en su lugar se condenará a Colpensiones a pagar a favor de la demandante la pensión de vejez a partir del 28 de enero de 2017, fecha en la actora cumplió los 57 años y logró reunir las semanas mínimas, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual, y de ahí en adelante junto con los incrementos anuales, por trece mesadas al año y con el siguiente retroactivo:

<b>Tabla Retroactivo Pensional</b>					
<b>Fecha inicial</b>	<b>Fecha final</b>	<b>Incremento %</b>	<b>Valor mesada calculada</b>	<b>Nº. Mesadas</b>	<b>Subtotal</b>
<b>28/01/17</b>	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	12,06	\$ 8.896.867,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,00
01/01/23	<b>30/09/23</b>	13,12%	\$ 1.160.000,00	9,00	\$ 10.440.000,00
<b>Total retroactivo</b>				<b>\$ 76.480.798,02</b>	

De la misma manera, se autoriza a Colpensiones que del retroactivo descuenta el valor al sistema general de seguridad social en salud, a tratarse de una obligación legal prevista en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

692 de 1994 y los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998 y la sentencia CSJ SL4537-2021.

Respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 considera la Sala que no accederá a ellos, por cuanto no se cumplen los postulados para acceder a ellos, pues solo hasta esta sentencia se declaró la existencia del contrato de trabajo entre la actora y la demandada y con ella, la responsabilidad del cálculo actuarial por las semanas dejadas de cotizar, sin embargo, se accederá a la indexación de las sumas debidas desde su causación.

Por último, al analizar la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, encuentra la Sala que el derecho de la actora no se encuentra afectado, pues entre la fecha que solicitó la pensión de vejez el 6 de noviembre de 2019 (fl. 28 archivo 01expediente digitalizado.pdf) y la presentación de la demanda del 3 de marzo de 2020 (fl. 33 Ibid.), no medió el término de los tres años de que trata el artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.

## **5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta la modificación ordenada en esta sentencia.

## **6. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR** el numeral QUINTO de la sentencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de enero

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

de 2023, para en su lugar, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a apagar a favor de MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL, la pensión de vejez de acuerdo la ley 797 de 2003 a partir del 28 de enero de 2017, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, esto es la suma de \$737.717 pesos, por trece mesadas anuales con los incrementos anuales correspondientes, debidamente indexadas al momento de su pago, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.** – CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a apagar a favor de MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL, la suma de \$76.480.798,02 pesos por concepto de retroactivo pensional, autorizando a la demandada descontar de dicho valor los aportes al sistema general de seguridad social en salud, de acuerdo con lo indicado en precedencia.

**TERCERO.** – **CONFIRMAR** en todo lo demás el fallo atacado.

**CUARTO:** Las costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria efectuada a esta sentencia.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00102-01.

Demandante: MARÍA CUSTODIA MURILLO BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES y OTRO.

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**AUTO**

Se señalan a cargo de COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$3'000.000 a favor de la parte actora.

  
**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

#### SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

#### GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### 1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **RODRIGO LUCUMÍ** interpuso contra la sentencia que profirió el 2 de marzo de 2023 el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra la **EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA MERCANTIL LTDA.**

#### 2. ANTECEDENTES

##### 2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que concierne con la demanda, el actor solicitó de la demandada el reintegro al cargo que venía desempeñando por “*fuero laboral reforzado por sus condiciones de salud*”, en consecuencia, se ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales, la indemnización de 180 días, el pago de 30 salarios mínimos por el “*dolor y angustia*” al suspender su tratamiento médico y no generar recursos económicos para su familia; en subsidio del reintegro, la indemnización por despido sin justa causa, costas y agencias en derecho.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a laborar con la demandada mediante contrato de trabajo a partir del 14 de marzo de 2019 en el cargo de Vigilante hasta el 30 de julio de 2020 cuando fue despedido sin justa causa a través de mensajes de datos, pese a encontrarse con *principio de Covid -19* desde el 20 de mayo de 2020, por lo que el 31 de mayo de ese año tuvo que dirigirse la EPS Salud Total donde le confirmaron la enfermedad y le otorgaron incapacidad médica hasta el 24 de julio de 2020. Agregó que durante su desempeño laboral siempre tuvo buen rendimiento y sin llamados de atención, por lo que, en su sentir, el despedido fue discriminatorio por su condición de salud (archivo *02demanda.pdf*).

## **2.2. Respuesta a la Demanda.**

Por su parte, la demandada al contestar la demanda solo aceptó que el actor se vinculó mediante contrato por obra o labor contratada desde el 14 de marzo de 2019. Se opuso a las pretensiones, afirmó que la terminación del contrato obedeció a una justa causa y frente a la estabilidad laboral reforzada indicó que el actor no se encontraba protegido, pues no estaba incapacitado ni calificado con pérdida de capacidad laboral que permitiera inferir una condición de inferioridad laboral. Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe, y prescripción (archivo *17contestademanda.pdf*).

## **2.3. Providencia Recurrida.**

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

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA MERCANTIL LTDA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor RODRIGO LUCUMI, en consideración a la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de ausencia de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos invocados, conforme a las resultas del proceso.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

CUARTO: En caso de no ser apelada, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

Para arribar a la anterior decisión, inició por señalar que el asunto objeto de examen se resolvería bajo el art. 26 de la Ley 361 de 1997; acto seguido, abordó las pruebas documentales aportadas al proceso, especialmente las incapacidades otorgadas al actor, así como lo afirmado en su interrogatorio de parte para concluir que si bien estuvo afectado en su salud por la Covid -19, lo cierto es que a la terminación del contrato no estaba incapacitado, ni tampoco presentó debilidad manifiesta por su estado de salud o pérdida de capacidad laboral que le impidiera el ejercicio de sus funciones, aunado a que no demostró que el vínculo laboral terminó por su estado de salud.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, aseveró que una vez analizada la carta de terminación del contrato de trabajo la causal aducida por la demandada se encaminó por la terminación de la obra o labor contratada, y que al contrastarla con el contrato de trabajo, así como con la carta de cambio de guarda de seguridad solicitada por el conjunto de vivienda Terragona Salitre 3 y el contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandada y el mencionado conjunto, concluyó que el contrato del trabajador quedó sujeto a la terminación del contrato de prestación del servicio o a la solicitud de cambio que haga el conjunto, por lo que al presentarse esta última, el contrato terminó por la obra contratada.

#### **2.4. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, el actor fundamentó su recurso frente a absolución por indemnización por despido sin justa causa, y en ese sentido, aseveró que el demandado no aportó los llamados de atención al trabajador, ni los elementos de seguridad y salubridad, sumado a que el conjunto no se quejó por escrito acerca de los presuntos incumplimientos del trabajador, por lo que solicitó se revoque la sentencia.

#### **2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

Allegadas las diligencias a esta corporación, mediante el auto de fecha 6 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 17 de julio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual no fue utilizado por ninguna de las partes.

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

### **3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es dable considerar que el actor fue despedido sin justa causa?

#### **Tesis**

Revocar la decisión de primer grado.

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

#### **3.1. Del despido sin justa causa.**

El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo – CST señala que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio. Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

manera residual, que su duración es indefinida (CSJ SL2176-2017 y CSJ SL2600- 2018).

En otras palabras, la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación, por duración de la obra o labor, pero no es exclusivo ni excluyente, ni las funciones a desempeñar tienen la virtualidad de restarle validez al acuerdo; claro está que, si el contrato se pactó por tiempo determinado, con un plazo o fecha de finalización cierta e incondicionada, mas no simplemente posible o probable, según lo dispuesto en la norma en cita, y en concordancia con lo establecido en el artículo 46 ídem, será en verdad uno a término fijo (CSJ SL4936-2021).

De otra parte, en los casos de declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 ídem, le corresponde al trabajador probar el hecho del despido, y al empleador la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo (CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020).

### **3.2. Del caso concreto**

De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala que la terminación del contrato se justificó con la carta obrante a folios 22 y 23 del archivo 17contestaciondemanda.pdf, en los siguientes términos:

Bogotá D.C. julio 30 de 2020

Señor  
**RODRIGO LUCUMI**  
Ciudad

#### **ASUNTO: Terminación Contrato De Trabajo**

Como es de su conocimiento usted fue vinculado a nuestra empresa mediante un **Contrato de Trabajo con Guardas y/o Vigilantes por la Duración de una Obra o Labor Determinada**, el cual dio inicio el día 14 de marzo de 2019 y se le asignó el puesto de trabajo para la prestación de sus servicios en el CONJUNTO RESIDENCIAL TARRAGONA SALITRE 3 ubicado en la Carrera 72 Bis No. 25 B – 50 de Bogotá D.C.; tal como lo especifica el contrato de trabajo respectivo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

Así mismo dentro de las condiciones contractuales se establece lo siguiente: "**CLAUSULA QUINTA – DURACION DEL CONTRATO:** El presente contrato se celebra por el tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada, de acuerdo con las condiciones generales que se señalan al inicio de contrato". Estas condiciones que señala la Cláusula Quinta constituyen lo siguiente "**La prestación del servicio de vigilancia fija por Obra o labor contratada en la instalación o sitio asignado por parte del Empleador que para este caso es ubicado en Bogotá D.C., CONJUNTO RESIDENCIAL TARRAGONA SALITRE 3 – CARRERA 72 BIS No. 25 b – 50, hasta la terminación del servicio por parte del usuario o solicitud del cambio del trabajador**"

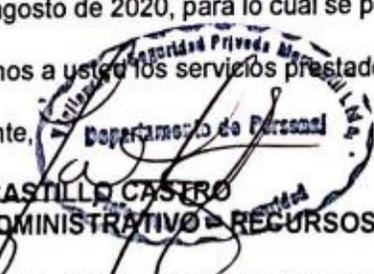
Teniendo en cuenta lo anterior y como se le comunico con anterioridad por medio telefónico le informo que La ADMINISTRACION del CONJUNTO RESIDENCIAL TARRAGONA SALITRE 3 mediante oficio nos hizo la solicitud del cambio del trabajador el señor Rodrigo Lucumi, situación que genera la terminación de su contrato de trabajo.

Consecuente con lo anterior y de acuerdo a las condiciones contractuales me permito ratificarle por este medio la Terminación de su contrato de trabajo a partir del día 31 de julio de 2020.

Por ultimo para efectos del pago de la liquidación respectiva le informo que se realizara el día 18 de agosto de 2020, para lo cual se puede comunicar con el área de talento humano,

Agradecemos a usted los servicios prestados a la compañía.

Cordialmente,

  
WILSON CASTILLO CASTRO  
DEPTO. ADMINISTRATIVO - RECURSOS HUMANOS

Carrera 27C No. 68-31 • Barrio Alcázares • Teléfono: 250 2155 • Cel.: 315 797 8288  
e-mail: seguridadmercantil@hotmail.com • Bogotá, D. C.

Así mismo, a folios 24 y 25 *ibid.*, obra contrato de trabajo suscrito con el demandante, en el que se pacta como modalidad contractual la de obra o labor contratada hasta la terminación del contrato suscrito con el Conjunto Residencial Terragona Salitre 3 o por solicitud de cambio del trabajador:

**CONTRATO DE TRABAJO CON GUARDAS Y/O VIGILANTES POR LA DURACION DE UNA OBRA O LABOR DETERMINADA**

Nombre del empleador: EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA MERCANTIL LTDA.

Dirección del Empleador: CARRERA 27 C NO. 68-31

Nombre del Trabajador: RODRIGO LUCUMI  
C.C 16.829.365

Dirección del trabajador:

Fecha, Lugar de nacimiento y Nacionalidad

26 DE ABRIL DE 1969 –JAMUNDI- VALLE

Cargo u oficio que desempeña:

GUARDA DE SEGURIDAD

Salario:

OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIECISES PESOS M/CTE (828.116) + RECARGOS

Auxilios y bonificaciones:

Transporte

Periodos de Pago: MENSUAL

Fecha de Iniciación de Labores: 14 DE MARZO DE 2019

Lugar donde desempeñará labores: BOGOTA

Ciudad Donde ha sido contratado el Trabajador BOGOTA

La prestación del servicio de vigilancia fija por Obra o labor contratada en la instalación o sitio asignado por parte del Empleador que para este caso es ubicado en Bogotá D.C, CONJUNTO RESIDENCIAL TARRAGONA SALITRE 3 – CARRERA 72 BIS No. 25 b - 50, hasta la terminación del servicio por parte del usuario o solicitud de cambio del trabajador.

Entre EL EMPLEADOR y EL TRABAJADOR, las condiciones ya dichas, identificados como aparece al pie de sus firmas, se ha celebrado el presente contrato individual de trabajo, regido además por las siguientes cláusulas:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

Entre tanto, en lo que hace a la terminación del contrato con el Conjunto Terragona, en la cláusula segunda se constata lo siguiente (fl. 28 a 29 Ibid.):



## VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA MERCANTIL LTDA.

NIT. 830.073.504-4

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO DE VIGILANCIA

Entre los suscritos a saber: **EMPERATRIZ PINZON RODRIGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número **51.620.759** de Bogotá D.C., nombrada en calidad de Representante Legal del **CONJUNTO RESIDENCIAL TARRAGONA SALITRE III**, NIT. **900.073.247 - 1**, por una parte, quien en adelante, dentro del presente contrato y para sus efectos se denominará **EL CONTRATANTE** y por otra parte **LAUREANO CASTILLO GAMBOA** identificado con cédula de ciudadanía número **5.792.638**, en su calidad de representante legal de **LA EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA MERCANTIL LTDA.** NIT. **830.073.504-4**, sociedad debidamente constituida; registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, con póliza de responsabilidad civil extracontractual expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** No.14-02-101000916, Escritura Pública No. 2.366 y Resolución No. 002569 de la **SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA** del 28 de Abril de 2009, quien en adelante dentro del presente contrato y para sus efectos se le llamará **EL CONTRATISTA**, hemos celebrado el presente contrato de **SERVICIO DE VIGILANCIA**, el cual se rige por las siguientes cláusulas: **PRIMERA: OBJETO.** **EL CONTRATISTA** (empresa de vigilancia), se obliga a prestar al **CONTRATANTE CONJUNTO RESIDENCIAL TARRAGONA SALITRE III** ubicado en la **Carrera**

**72 Bis No. 25 B 50** de Bogotá D.C., el servicio de Vigilancia Privada Fija Interna con **Tres (3)** puestos de vigilancia cubriendo las 24 horas del día durante el mes, dotados con un (1) arma, **Tres (3)** radios de comunicación; relojes de control, minutas de reporte de novedades, linternas, dotación para invierno y supervisión. **SEGUNDA:** El presente contrato de servicio de vigilancia tendrá un término de duración de dos (2) años, contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato, pero podrá ser prolongado a voluntad de las partes contratantes. **PARAGRAFO 1:** Si el **CONTRATANTE** no quiere prorrogar el presente contrato, esta obligado a comunicar al **CONTRATISTA** por escrito con treinta (30) días de anticipación a la fecha de vencimiento o terminación del presente contrato, termino contado a partir de la fecha de recibo de la correspondiente comunicación; de no cumplirse esto, el presente contrato se renovara legalmente en forma automática por igual termino de duración al pactado inicialmente. **PARAGRAFO 2:** **EL CONTRATISTA** entregara los valores agregados según propuesta entregada al **CONTRATANTE**, los cuales se encuentran debidamente relacionados en un documento anexo y que forma parte del presente contrato. **TERCERA:** **EL CONTRATISTA** suministrará vigilantes

De lo anterior, se logra colegir que: i) el actor fue contratado por la Empresa de Vigilancia y Seguridad Privada Mercantil Ltda. para desempeñar el cargo de Vigilante, según contrato de prestación de servicios que la empresa empleadora suscribió con Conjunto Terragona Salitre 3; ii) el contrato de trabajo inició el 14 de marzo de 2019 y se terminó el 31 de julio 2020, iii) mediante comunicación del 30 de julio de 2020, por solicitud de cambio de personal elevado por la copropiedad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

Así las cosas, al examinar con detenimiento la causal de terminación del contrato de trabajo aducida por la empresa, esto es, que el contrato de trabajo se puede terminar cuando el Conjunto Terragona eleve a la empresa la solicitud de cambio del trabajador, encuentra la Sala que dicha causal nada tiene que ver con el cumplimiento de la labor contratada, en la medida en que la ejecución del objeto de vigilancia se pactó por dos años prorrogables por otro término igual, con lo cual queda sin fundamento la decisión del *a quo*, cuando concluye que el contrato terminó por esa razón.

Y es que como se dijo en líneas anteriores, para que el contrato de trabajo termine por duración de la obra, requiere naturalmente que la obra o el servicio haya culminado, en este caso, contrario a lo dicho, el contrato de prestación de servicios de vigilancia se pactó por dos años prorrogables y al momento del despido el contrato se estaba ejecutando. Por lo tanto, la causal alegada por la demandada deberá analizarse si se ajustan a las previstas taxativamente en el artículo 62 del CST; y es en este punto, donde la Sala encuentra que lo aducido por el empleador para dar por terminado con justa causa el contrato del actor no se ajusta a ninguna de las justas causas para finiquitar el vínculo laboral, y si bien la empresa alegó que dicha causal la previó en el contrato, tal argumento no es de recibo, precisamente porque al tener la connotación de taxativas impide que el empresario pueda incluir cualquier otra desnaturalizando el mandato del legislador.

Por lo anterior, la Sala concluye el despido devino en injusto, por ende, deberá revocar la sentencia apelada y en su lugar, se reconocerá al demandante la indemnización por despido injusto bajo lo reglado en el inciso tercero del artículo 64 del CST, correspondientes al pago del salario por el tiempo que faltare para cumplir la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince días. En el *sub judice*, la labor contratada con el Conjunto Terragona se pactó por dos años prorrogables indefinidamente, de acuerdo con la cláusula segunda del mencionado contrato que inició 30 de noviembre de 2011, por lo que su finalización iría hasta el 29 de noviembre de 2021 y dado que el despido injustificado se produjo el 31 de julio de 2020, la indemnización le correspondería al tiempo restante, es decir del 1 de agosto 2020 al 29 de noviembre de 2021 (16 meses = 480 días) y como quiera que en el proceso no se demostró el valor del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

último salario devengado por el actor, se tomará el salario mínimo de la fecha de despido ( $\$877.802/30 = 29.260$ ) con lo cual la indemnización será de \$14.044.832 pesos.

Finalmente, se precisa que entre la fecha de terminación de contrato (31 de julio de 2020) y la presentación de la demanda (18 de noviembre de 2020) no medió el término de los tres años a que hace alusión de prescripción propuesta por la demandada a la luz de los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPT y la SS.

#### **4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia. En primera instancia a cargo de la demandada.

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** en todas sus partes la sentencia que profirió el 2 de marzo de 2023 el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a la EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA MERCANTIL LTDA a pagar a favor de RODRIGO LUCUMÍ el valor de CATORCE MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (**\$14.044.832**) por concepto de indemnización por despido sin justa causa de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00411-01.

Demandante: RODRIGO LUCUMÍ.

Demandado: MERCANTIL LTDA.

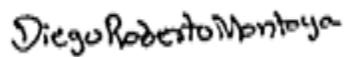
**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

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

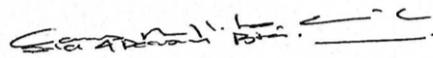
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

|

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00449-01

Demandante: **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

**1. ASUNTO**

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 25 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de **COLPENSIONES**, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A** y las recurrentes.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende que se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN S.A.** por no informarse claramente las consecuencias de su traslado, así como de sus traslados posteriores. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, y a **COLPENSIONES** a recibir tales valores.

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

## **2.2. Respuesta a la Demanda.**

Las demandadas **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y** (fls. 100 a 132 y 141 a 168, del archivo 01 y archivo 07) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

## **2.3. Providencia Recurrida.**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por:

-El señor JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A el 08 de noviembre de 1995 contenida en el formulario N° 1010171175

-El señor JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A el 21 de mayo de 1998 contenida en el formulario N°094906.

-El señor JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A 15 de enero de 1999 contenida en el formulario N° 428878.

**SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

**TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimientos al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que provengan controversias posteriores a la ejecución de esta sentencia.

**CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

**QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES,

Demandante: **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS- PORVENIR S.A.  
ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS- PROTECCIÓN.

**SEXTO: SE CONDENA** en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. Se excluye a Colpensiones y a MAPFRE.

#### **2.4. Argumentos de la Recurrente.**

**COLPENSIONES** señaló que dentro del expediente no obra prueba que demuestre que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del C.C. que tuviera injerencia alguna en el traslado de régimen que realizó el demandante en 1995; que si nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho, este no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado; que no se le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre que está en la presencia de algún vicio del consentimiento al momento de afiliarse al R.A.I.S. pero sí se obliga a que toda la carga probatoria recaiga en el fondo privado, apreciación que quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos; que las obligaciones legales y recíprocas por parte de los afiliados al Sistema General de Pensiones están en el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4 y una de ellas es informarse del sistema general de pensiones; que al respecto, se destaca el silencio del demandante y es por esto que se entiende que la decisión del actor es una decisión consciente y no es viable que ahora que se pretenda una nulidad o ineficacia del traslado, puesto que, su decisión fue libre de vicios del consentimiento; y que con la decisión se presenta descapitalización del sistema, ya que, nadie puede ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** expresó que el precedente no se puede aplicar de forma homogénea e indiscriminada a todos los procesos que se solicitan la ineficacia o nulidad de las afiliaciones por indebida información, de hecho debe existir una similitud en las situaciones fácticas; que en el presente asunto el accionante se traslada al régimen pensional de manera horizontal con Colpatria S.A hoy Porvenir S.A en 1998, el cual debe advertirse no exigía información referente al régimen individual y prima media; que el accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información inicialmente en 1995 por parte del fondo que aceptó su

traslado de régimen que el actor como todo consumidor financiero debía actuar con debida diligencia y verificar que estaba informado sobre el acto jurídico que estaba realizando y las consecuencias que esto traería en un futuro; que aunado a lo anterior, tales consecuencias están establecidas en las normas legales de común conocimiento; y que PORVENIR S.A siempre ha actuado de buena fe objetiva, todos los actos fueron celebrados en virtud de los preceptos legales vigentes al momento del traslado del régimen horizontal, tal y como se puede verificar en los formularios de afiliación y al informarse acerca de la posibilidad de ejercer sobre el derecho de retracto.

### **2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

### **3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

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

#### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

### **3.1. De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 10 de septiembre de 1981 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en el archivo 17; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 08 de noviembre de 1995 (fl.38 del archivo 02).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de

afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo. En este caso, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

### **3.2. Caso concreto**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 38 del archivo 02 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 08 de noviembre de 1995 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor SÁNCHEZ ALGARRA se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (08 de noviembre de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al momento de tal traslado un asesor de Cesantías y Pensiones Colmena informó que el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES se iba a acabar, que tendría una mejor pensión, así como que esta se reconocería de forma anticipada; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Fondo de Pensiones Colpatria hoy en día PORVENIR S.A el 21 de mayo de 1998, y a Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de enero de 1999 (fls. 26 del archivo 04 y 178 del archivo 01), es de anotar que los mismos no suplen la obligación primigenia que tenía Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. de haberle brindado en el año 1995 (año en que se

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

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

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

Así, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes, rendimientos,

gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión; también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales y comisiones**; todos los rubros aludidos en estos numerales deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le correspondía a **PORVENIR S.A.** devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados, por lo que se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR tal condena.

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

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

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

#### **4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

## **5. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión; también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales y comisiones;** todos los rubros aludidos en estos numerales deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se **ADICIONAN los numerales aludidos,** en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** debe devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados.

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

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

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00449-01

Demandante: **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ ALGARRA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

## **REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **1. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de diciembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

#### **2. ANTECEDENTES**

##### **2.1. Pretensiones y Hechos.**

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de I.N.G. hoy **PROTECCIÓN S.A.**; en consecuencia, que **PROTECCIÓN S.A.** traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que **COLPENSIONES** acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

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

## **2.2. Respuesta a la Demanda.**

Las demandadas **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** (fls. 1 a 260 del archivo 7, y 1 a 99 del archivo 6), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación

## **2.3. Providencia Recurrída.**

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

**PRIMERO. : DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de la demandante **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS Hoy **COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, realizado el 1 de abril de 2000, así como el traslado horizontal que se realizó con posterioridad de **ING a PROTECCIÓN** el 4 de octubre de 2010, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S. A.**, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO** por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia

**TERCERO. ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones-**COLPENSIONES** aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la **AFP PROTECCIÓN S. A.**, para que proceda a activar la afiliación de la Demandante **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO**, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

**CUARTO. DECLARAR NO PROBADA** la excepción propuesta por la Demandada **COLPENSIONES** denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiero, y la de **prescripción** propuesta por cada una de las demandadas conforme lo considerado en la parte motiva

**QUINTO. CONDENAR EN COSTAS**, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN SEISIETOS MIL (\$1.600.000) PESOS MCTE a cargo de cada una.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

#### **2.4. Argumentos del Recurrente.**

**COLPENSIONES** manifestó que no recibió a la demandante en el régimen de prima media por la imposibilidad legal contenida en la Ley 797 del 2003, esto es, estar próxima a cumplir el requisito edad para acceder a una pensión de vejez; que la demandante no fue obligada a abandonar el régimen de prima media ni a trasladarse al R.A.I.S; que la actora nunca solicitó ningún tipo de información; y que la actora sólo por una variación económica quiere regresar al régimen de prima media.

#### **2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

### **3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a ING hoy PROTECCIÓN S.A., así como sus traslados posteriores dentro del R.A.I.S.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **3.1 De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 07 de abril de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 07; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de I.N.G. hoy PROTECCIÓN S.A. el 01 de abril de 2000 (fl. 80 del archivo 06).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

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

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

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

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

### **3.2. Caso concreto**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a I.N.G. hoy Protección S.A., no es menos cierto que fue allegado consulta S.I.A.F.P. que da cuenta del traslado efectuado por la actora al Fondo de Pensiones y Cesantías I.N.G. el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

01 de abril de 2000; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que I.N.G. hoy PROTECCIÓN S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada A.F.P. podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Barajas Perdomo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de abril de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los asesores del Fondo de Pensiones y Cesantías I.N.G. le manifestaron que sus aportes generarían mayores rendimientos, que su pensión en el fondo privado sería mayor, y que existía un fuerte rumor consistente en que el I.S.S. se iba a acabar; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de ING. a PROTECCIÓN S.A. el 04 de octubre del 2010 (fl.83 del archivo 6); es de anotar que la misma no suple la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

obligación primigenia que tenía el Fondo de Pensiones y Cesantías I.N.G., de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de PROTECCIÓN S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se considera acertada la decisión del A Quo de establecer que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

demandante, se deben incluir los aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; no obstante, se ADICIONARÁ tal numeral a fin de establecer que dichos rubros deben pagarse **debidamente indexados.**

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

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

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

#### **4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **5. DECISIÓN**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00165-01.

Demandante: **MARÍA YANETH BARAJAS PERDOMO.**

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, esto es, aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben pagarse **debidamente indexados.**

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

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

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*  
**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **1. ASUNTO**

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MIRYAM EDITH SÁNCHEZ** interpuso contra la sentencia que profirió el 8 de febrero de 2023 el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.**

#### **2. ANTECEDENTES**

##### **2.1. Pretensiones y Hechos.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de la demandada el reintegro al cargo que venía desempeñando por “*fuero laboral reforzado por sus condiciones de salud*”, y en consecuencia, se ordene la afiliación al sistema de salud, el pago de los salarios y demás bonificaciones, así como lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a laborar con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 3 de diciembre de 2001 en el cargo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

de Auditora hasta el 27 de junio de 2019 cuando fue despedida sin justa causa, pese a encontrarse diagnosticada con “*trastorno generalizado – trastorno adaptativo y trastorno de ansiedad generalizada*”, cuyas enfermedades fueron adquiridas como resultado de hurto del cual fue víctima, lo que conllevó a iniciar tratamiento psiquiátrico y con ello, la formulación de medicamentos como “*pregabalina de 75 mg/1U, haloperidol Sol 2mg/ml, Sertradina 50 mg*”, así como citas médicas de control, incapacidades y la valoración del puesto de trabajo.

Agregó que durante su desempeño laboral siempre tuvo buen rendimiento, no tuvo llamados de atención, recibió menciones y felicitaciones, por lo que, en su sentir, el despido fue discriminatorio por su condición de salud, más cuando el empleador conocía de su situación médica y no solicitó autorización para despedirla a la Inspección de Trabajo, por lo que el 14 de agosto de 2020 presentó a acción de tutela contra la demandada ante el Juzgado 8 Laboral Municipal de Bogotá quien ordenó realizar el estudio del puesto de trabajo para obtener la pérdida de calificación laboral (archivo *01demanda.pdf*).

## **2.2. Respuesta a la Demanda.**

Por su parte, la demandada al contestar la demanda aceptó la modalidad contractual, la fecha de ingreso y culminación del contrato, el último salario devengado, equivalente a la suma de \$1.417.000, aclaró que el cargo fue de CPS Fiel Auditor, y que si bien la actora le comentó a su jefe inmediato que fue víctima de hurto, no existe prueba de que ello haya ocurrido, por lo que no se puede considerar que tuvo un accidente laboral, ni mucho menos que diera por sentado que la empresa conocía de algún tipo de patología o tratamiento médico que la demandante hubiere adquirido, más aún cuando desconoció la historia médica y cualquier otra situación.

Agregó que conoció del comunicado del 20 de octubre de 2016 emitido por la EPS Sanitas, sin embargo, no dio respuesta por cuanto no llegó a la dependencia competente para ello, por lo que al recibir un nuevo comunicado del 18 de julio de 2019 fue contestado oportunamente el 4 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

septiembre de ese mismo año, cuando el contrato de trabajo finalizó. Se reafirmó que el contrato de trabajo se terminó legalmente, pues a la fecha de finalización la demandante no se encontraba incapacitada, no padecía de ninguna enfermedad que le hubiere generado pérdida de capacidad laboral. Propuso las excepciones de inexistencia de estabilidad laboral reforzada, inexistencia de la obligación, improcedencia del reintegro, falta de causa, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y la genérica (archivo *10contestademandanda.pdf*).

### **2.3. Providencia Recurrída.**

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

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA y ABSOLVER de las mismas a la empresa AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO, FALTA DE CAUSA Y COBRO DE LO NO DEBIDO, formuladas por la empresa demandada, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al demandante al pago de las costas del proceso en la suma de \$800.000 como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, inició por señalar que el asunto objeto de examen se resolvería con el art. 26 de la Ley 361 de 1997, las sentencias C531-2000, SL4632 de 2021 de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. Agregó que fue motivo de discusión los extremos de la relación laboral, y el último salario devengado por la actora, por lo que, al revisar las incapacidades, el examen médico de 3 de julio de 2019, la calificación emitida por la EPS Sanitas, los interrogatorios de las partes y los testimonios de Yureidy Baquero y Flor Yolanda Pinilla, concluyó que no demostró que la actora fuera despedida estando con fuero de estabilidad laboral reforzada, pues no padeció de limitación severa o profunda, no se aportó un dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral – PCL, ni tampoco la existencia de diagnóstico y tratamiento médico que haya sido conocido por el empleador, contrario a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

ello, de las pruebas valoradas en su conjunto se evidencian que la actora no se encontraba incapacitada, no tenía pérdida de capacidad laboral y siempre prestó sus servicios, por lo que no procedía el amparo solicitado.

#### **2.4. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, la demandante fundamentó su recurso al señalar que la demandada tuvo conocimiento del estado de salud de la demandante, pues fueron enviados dos oficios por parte de EPS Sanitas solicitando información laboral de la actora los que fueron aceptados por la representante legal de la empresa y reafirmados cuando se dio respuesta al enviar tales documentos por orden la tutela.

#### **2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta corporación, mediante el auto de fecha 9 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 17 de julio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual solo fue utilizado por la demandada para reafirmar los argumentos de su contestación.

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

### **3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es dable considerar que la actora se encontraba protegida por la estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?

**Tesis**

Confirmar la decisión de primer grado.

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

### **3.1. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.**

Esta Sala debe empezar por señalar que en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Asimismo, en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”*.

En esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (iii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «*por razones de su limitación física*», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, “*los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*”; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, “*la determinación de una*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

*situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”.*

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1154-2023 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

### 3.2. Caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, las cuales serán acogidas desde ya por esta Sala, en la medida en que resultan vinculantes por ser decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción, se constata que en el *sub judice* no fue motivo de discusión que i) la demandante suscribió con la demandada contrato de trabajo a término indefinido el 3 de diciembre de 2001, ii) siendo su último cargo el de CPS Fiel Auditor, iii) con último salario el de \$1.417.000 de pesos y que vi) el 27 de junio de 2019 fue terminado el contrato sin justa causa.

Dicho esto, se debe empezar por analizar si la actora demostró si antes de la terminación del contrato padecía de **deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo**, al respecto la parte actora manifiesta en su recurso que la demandada tuvo conocimiento del estado de salud de la demandante, pues fueron enviados varios oficios por parte de EPS Sanitas solicitando información laboral, uno, de 20 de octubre de 2016, otro de 16 de julio sin año específico los cuales son del siguiente tenor (fl. 7 y 14 archivo *04anexos.pdf*):



Bogotá, <20 de octubre de 2016  
ATEP 2514-16

Señor(a) (es)  
NIELSEN DE COLOMBIA  
Atn. RECURSOS HUMANOS Y/O SALUD OCUPACION.  
CALLE 100 # 9A-45 PISO 10  
BOGOTA

Asunto: Solicitud de documentos requeridos para estudio de origen de TRASTORNOS DE ADAPTACION del Señor(a) MIRYAN EDITH SANCHEZ VACA con documento de identidad número 52584935

Reciba(n) un cordial saludo

El área de Medicina Laboral de la EPS Sanitas, ha evaluado el diagnostico TRASTORNOS DE ADAPTACION presunta enfermedad laboral, por lo cual la EPS Sanitas continúa el Proceso de Calificación del origen, en el usuario(a) MIRYAN EDITH SANCHEZ VACA con documento de identidad número 52584935

S-15661164  
FAVOR DEVOLVER  
COPIA FIRMADA

S-15661164      NORMAL      EXTERNO  
PARA: NIELSEN DE COLOMBIA      BOGOTA  
CALLE 100 # 9A-45 PISO 10  
DE: BOGOTA - EPS SANITAS - CALLE 13 - MEDICINA LABORAL  
SERVIENTREGA S.A.      21/10/2016 23:47:52

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

Bogotá, 16 de Julio de 19  
ATEP 4535 -19

**SEÑORES**

NIELSEN DE COLOMBIA

Atn: RECURSOS HUMANOS Y/O SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

CALLE 100 No 9 A 45 PISO 10

BOGOTA

**Asunto: SOLICITUD DE DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA ESTUDIO**

Respetados señores:

La EPS Sanitas reitera la solicitud de análisis de puesto de trabajo de la usuaria MIRIAM EDITH SANCHEZ VACA identificada con documento de identidad número 52584935 con énfasis en **RIESGO PSICOSOCIAL** de cargos antiguos y actual desempeñados por la usuaria quien se encuentra en proceso de calificación de origen por las patologías **TRASTORNO ADAPTATIVO** diagnosticado por los tratantes de nuestra red de prestadores, solicitud la cual fue realizada en primera oportunidad en ATEP 2514-16 el pasado 20 de octubre de 2016, teniendo en cuenta la comunicación allegada por ustedes el día 17 de noviembre de 2016, documento solicitado no se encuentra adjunto.

Nos permitimos mencionar que de acuerdo al Parágrafo 1 y 2, del Artículo 2.2.5.1.28, del Decreto Número 1072 de 2015, "El empleador para dar cabal cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo, que son su responsabilidad, podrá anexar documentos, expedir certificación, realizar estudios o dar una constancia al respecto. Su no cumplimiento se deberá informar a la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo para la investigación y sanciones en contra de la empresa o empleador".

De lo anterior, se puede deducir que la condición de salud de la actora era conocida por la demandada desde octubre de 2016, pues no se explicaría cómo emitió respuesta al requerimiento sin percatarse del contenido mismo del texto; sin embargo, no sería suficiente, pues debe no debe dejarse de lado que de acuerdo con la línea jurisprudencial atrás anotada, el despido debe estar motivado por razones de salud de la demandante, con lo cual se hace necesario verificar las demás pruebas a fin de constar los requisitos señalados en precedencia.

Al respecto se evidencia resumen de historia clínica del 10 de junio de 2016 en la que confirma que la actora padece trastorno de adaptación (fl. 16 a 17 ibidem):

**RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA**

**MOTIVO DE CONSULTA, ENFERMEDAD ACTUAL**

Información suministrada por: Paciente, MIRYAN EDITH SANCHEZ VACA.

Motivo de consulta: control.

Enfermedad Actual: paciente quien asiste a control. en la actualidad en evaluación por síntomas de orden ansioso los cuales han sido ocasionados con experiencias traumáticas recientes de atracos y sobrecarga laboral en su sitio empleo en donde se desmejoran las labores de su trabajo cuando tiene un bajo rendimiento favoreciendo el retraso de la entrega de resultados. la paciente frente al estrés presenta bloqueos en los cuales pierde tiempo, sensación de inseguridad. se ha evaluado para fenómenos de burnout el cual no es conclusivo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

#### ANÁLISIS Y PLAN DE ATENCIÓN

paciente quien asiste a control en la actualidad se encuentra paciente con dificultades en su trabajo. se envía a medicina ocupacional evaluar ambiente laboral. se deriva para manejo en psicología manejo de comunicacion asertiva dado que la paciente no viene siendo medicada. se cierra interconsulta. debe continuar manejo por psicología.

#### DIAGNÓSTICO

Diagnóstico Principal: Trastornos de adaptacion (F432). Confirmado repetido, Causa Externa: Enfermedad general, No Embarazada.

#### RESUMEN PLAN DE MANEJO

- Se solicita interconsulta a Salud Ocupacional.
- Se expide certificado médico.

Se evidencian los resultados de laboratorio de electromiografía de 15 enero de 2019 (fl. 11 a 13 ibidem), en los que confirma una neuropatía distal del nervio medio de carácter leve:

#### ESTUDIOS PRACTICADOS Y RESULTADOS:

Los estudios de neuroconducción en miembros superiores evidencian:

1. Normalidad de las latencias sensitivas en los potenciales de acción nervioso del nervio mediano y cubital sensitivos y de las latencias motoras, amplitudes y velocidades de neuroconducción en los potenciales de acción muscular compuestos de los nervios mediano y cubital bilateralmente realizando técnica ortodrómica y antidrómica convencional.
2. Técnica mediano cubital anidrómica con intervalos prolongados bilateralmente más de 0,4 ms lo cual es representativo para atrapamiento del mediano en el carpo.

El estudio de electromiografía con aguja evidencia una actividad de inserción normal con silencio eléctrico en reposo. Las unidades motoras son de morfología, duración y amplitud normales. Patrón de reclutamiento motor normal.

\* Procedimiento sin complicaciones. Paciente sale estable.

#### CONCLUSIONES:

ESTUDIO CONFIRMATORIO DE NEUROPATIA DISTAL DEL NERVIOS MEDIANO A NIVEL DEL CARPO BILATERAL DE CARACTER LEVE.

Dr. RODRIGO GIRALDO PAVA  
FISIATRA  
MEDICO FISIATRA  
UNAL.

A folios 24 a 25 y 28 ibid, obran fórmulas médicas emitidas por EPS Sanitas de fecha 14 de enero de 2019 y 12 de marzo de 2019, en las que se le ordena *pregabalina* 75 mg una cápsula cada 24 horas por 90 días, *haloperidol sol oral* 2mg, 5 gotas cada 24 horas por 90 días y *sertralina* 50mg 2 tabletas cada 24 horas por 90 días.

De la misma manera, se allegaron por la demandada los permisos concedidos a la actora para asistencia de citas médicas con fechas de 9 de julio de 2018, y 9 mayo de 2019 (ver archivo *10contestacióndemanda.pdf*).

Por último, obra examen médico de egreso de la empresa SIPLAS de fecha 3 de julio de 2019 (folios 24 a 25 y 28 ibid) en la que se le diagnostica a la demandante lo siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

#### DIAGNOSTICOS

DIAGNOSTICO 1 ORIGEN ENFERMEDAD 1	F432: Trastornos de adaptación ENFERMEDAD GENERAL	POR ANTECEDENTE MEDICO, (TRAE HIS CLÍNICA)
DIAGNOSTICO 2 ORIGEN ENFERMEDAD 2	F410: Trastorno de pánico [ansiedad paroxística episódica] ENFERMEDAD GENERAL	
DIAGNOSTICO 3 ORIGEN ENFERMEDAD 3	R635: Aumento anormal de peso ENFERMEDAD GENERAL	SOBREPESO
DIAGNOSTICO 4 ORIGEN ENFERMEDAD 4	M542: Cervicalgia ENFERMEDAD GENERAL	
DIAGNOSTICO 5 ORIGEN ENFERMEDAD 5	R522: Otro dolor crónico ENFERMEDAD GENERAL	FIBROMIALGIA.
DIAGNOSTICO 6 ORIGEN ENFERMEDAD 6	I831: Venas varicosas de los miembros inferiores con inflamación ENFERMEDAD GENERAL	
DIAGNOSTICO 7 ORIGEN ENFERMEDAD 7	M602: Granuloma por cuerpo extraño en tejido blando, no clasificado en otra parte ENFERMEDAD GENERAL	PIE IZQUIERDO,
DIAGNOSTICO 8 ORIGEN ENFERMEDAD 8	H522: Astigmatismo ENFERMEDAD GENERAL	
DIAGNOSTICO 9 ORIGEN ENFERMEDAD 9	H524: Presbicia ENFERMEDAD GENERAL	

#### CONCEPTO

CONCEPTO  
CONCEPTO ESPECIFICO

Sin diagnóstico de enfermedad laboral ni secuelas de accidente de trabajo.

Así, de las mencionadas pruebas, la Sala puede concluir que la actora padece de trastorno de adaptación<sup>1</sup>, como una enfermedad mental de corto plazo, pues solo se empezó a manifestar tres años de la culminación del contrato de trabajo. Sin embargo, dicho padecimiento no le impedía realizar la labor, en otras palabras, el padecimiento de la demandante no generó incapacidad alguna en su trabajo, aunado a que el examen médico de retiro no se vislumbró condición incapacitante.

Ahora, se aportó historia clínica No. 52584935 de EPS Sanitas del 24 de julio de 2019 (fl. 19 a 23 y 26 a 27 del archivo 04anexos.pdf), oficio por parte de EPS Sanitas solicitando información laboral a la empresa de fecha 18 julio de 2019 (fl. 14 a 15 Ibid.) en los que si bien se aprecia la dolencia,

<sup>1</sup> Tanto para la CIE-10 (OMS, 1992) como para el DSM-V (APA, 2013), el trastorno de adaptación (TA) es una reacción de desajuste a una situación psicosocial estresante, desarrollándose un conjunto de síntomas emocionales o comportamentales. A menudo, los síntomas emocionales son de tipo ansioso. En este caso, los síntomas de ansiedad pueden dar lugar a lo que denominamos trastorno adaptativo con ansiedad.

Según la CIE-10 (OMS, 1992), las manifestaciones clínicas del trastorno de adaptación pueden incluir humor depresivo, ansiedad, preocupación, sentimiento de incapacidad para afrontar los problemas, de planificar el futuro o de poder continuar en la situación presente y un cierto grado de deterioro del cómo se lleva a cabo la rutina diaria.

Los trastornos adaptativos tienen una alta prevalencia y constituyen un importante problema de salud, no solo por el sufrimiento personal que produce a quien los padece sino también por los altos costes sociales y económicos que originan, ya que es muy frecuente que el malestar y deterioro de la actividad asociados a los TA lleven a una disminución del rendimiento en el trabajo y en muchos casos a bajas laborales (Casey, Dowrick y Wilkinson, 2001). Sin embargo, hoy por hoy no existen tratamientos protocolizados basados en la evidencia para estos trastornos, por lo que es muy necesario investigar en la mejora de su abordaje. Tomado de [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1130-52742017000300139#:~:text=Tanto%20para%20la%20CIE%2D10,emocionales%20son%20de%20tipo%20ansioso.](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1130-52742017000300139#:~:text=Tanto%20para%20la%20CIE%2D10,emocionales%20son%20de%20tipo%20ansioso.)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

no se registra incapacidad, ni recomendaciones de tipo laboral, aunado a se generaron después de la terminación de contrato (27 de junio de 2019), por lo que no puede resistir mayor análisis probatorio por la Sala si no fueron conocidos por el empleador.

Por su parte, del interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada, se logra extraer que conocía del padecimiento de la demandante como son el trastorno de actuación, cervicalgia y túnel del carpo, por cuanto solicitó a la EPS Sanitas un estudio de origen y recibió dos requerimientos de la entidad en los años 2016 y 2019, sin presentar ausencias por incapacidad solo unos permisos para asistir a citas médicas.

Del interrogatorio de la demandante se logra extraer que pidió varios permisos a la empresa para cumplir citas médicas sin afectar su horario laboral, que padece de trastorno adaptativo, que las recomendaciones que le daban los médicos no tenían relación con el trastorno adaptativo, que a la terminación del contrato no se encontraba incapacitada y que, si bien le otorgaron algunas incapacidades, sin precisar cuantas, se dieron después que culminar el contrato.

Finalmente, de los testimonios de Yolanda Pinilla y Yureidy Baquero, compañeras y jefes de la actora, nada diferente se puede extraer, esto es, que la demandante presentaba algunas incapacidades, sin fechas exactas, , que no solicitaba varios permisos para sus citas médicas, que no tuvieron conocimiento si la EPS o la ARL hicieron recomendaciones médicas a la demandante ni a la empresa y que desconocen si estaba sometida a tratamiento médico.

Dichas pruebas lo que hacen es confirmar lo dicho en precedencia, esto es, la existencia de una enfermedad de origen común, sin que la misma le haya sido obstáculo para que la actora realizara la labor encomendada, pues no generó durante el tiempo que laboró en la empresa (más de 17 años) incapacidad laboral, con lo cual, no tendría elementos probatorios la Sala para indicar que tal patología le impedía a la trabajadora su integración profesional o el desarrollo de sus roles ocupacionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

En este punto, conviene precisar que a la demandante no solo le basta con probar la existencia de una barrera para el trabajador de tipo físico o mental, sino además que, al interactuar con el entorno laboral, se demuestre al juzgador que estas le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, para que el empleador, no solo proceda a mitigarlas y permitir que el trabajador se pueda desempeñar adecuadamente.

Por lo anterior, la actividad probatoria de la actora no fue lo suficiente eficaz, lo que esta instancia deberá concluir que no se encuentra inmersa en la protección legal del art. 26 de la Ley 361 de 1991 y, en consecuencia, no gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud a la terminación de su contrato de trabajo, por ello, se confirmará el fallo de primera instancia por las razones anotadas.

#### **4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de febrero de 2023, en el proceso ordinario laboral que Miryam Edith Sánchez adelanta contra Ac Nielsen De Colombia Ltda., de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2020-00364-02.

Demandante: MIRYAN EDITH SÁNCHEZ VACA.

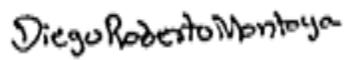
Demandado: AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA.

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

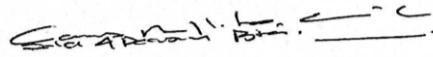
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

## **REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

#### **1. ASUNTO**

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.**, y las recurrentes.

#### **2. ANTECEDENTES**

##### **2.1. Pretensiones y Hechos.**

La demandante solicitó que se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la PROTECCIÓN S.A., así como el que realizó con posterioridad a PORVENIR S.A.; en consecuencia, solicita se traslade los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como, aportes, bonos pensionales, sumas aseguradas, rendimientos, intereses y gastos administrativos y, que COLPENSIONES valide tales aportes en la historia laboral.

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

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

## **2.2. Respuesta a la Demanda.**

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 01 a 07 del archivo 12, 01 a 23 del archivo 15 y 01 a 21 del archivo 17) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

## **2.3. Integración Litisconsorte Necesario.**

Mediante auto del 04 de febrero de 2022 se ordenó la vinculación de **COLFONDOS S.A** como litisconsorte necesario (archivo 23), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción y compensación (fls. 01 a 15 archivo 30).

## **2.4. Providencia Recurrida.**

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

**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por la demandante la señora **MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la **AFP COLFONDOS** el día 29 de septiembre del año 1995 y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR** fondo donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual correspondiente a rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados a la administradora Colombiana de pensiones **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, conforme se expuso en la parte motiva.

**SEGUNDO: ORDENAR** a las **AFP COLFONDOS Y PROTECCIÓN** trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los recursos o sumas correspondientes a gastos de administración, comisiones, y las sumas o porcentajes que hayan descontado destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima los cuales trasladara estas dos **AFP COLFONDOS Y PROTECCION** a la

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** debidamente indexados, conforme se expuso en la parte motiva.

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP COLFONDOS** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo mensual legal vigente para el año 2023. **SIN COSTAS** ni a favor ni en contra respecto a **COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR** conforme se expuso la parte motiva.

**CUARTO: DECLARAR NO DEMOSTRADAS** las excepciones propuestas por las partes demandadas.

**QUINTO:** Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.

## **2.5. Argumentos de las Recurrentes.**

**PORVENIR S.A.** arguyó que la Corte Suprema de Justicia estableció que el precedente no se puede aplicar de manera homogénea o indiscriminada en todos los procesos donde se solicita la nulidad de afiliación por omisión del deber de información, sino que debe existir unas similitudes fácticas en cada caso; que en el asunto, la demandante no reconoce las circunstancias de modo, tiempo o lugar en las cuales se llevó a cabo la afiliación con COLFONDOS S.A. en 1995, siendo así desconocida la información que pudo haber recibido de ese fondo privado; que más allá de los posibles debates que se hubieran podido generar con la información al momento de su traslado inicial, existen otros mecanismos que permiten colegir la voluntariedad de permanecer en el R.A.I.S., pues se realizó el traslado de manera libre y voluntaria, así como realizó varios traslados horizontales suscribiendo diversos formularios de afiliación; que por lo anterior, es posible considerar que la actora conocía y entendía los diferentes aspectos de los regímenes pensionales, tanto lo favorable como lo desfavorable; que los formularios en ningún momento fueron tachados de falsos, por lo cual revisten completa validez; que frente a la devolución de gastos de administración por sumas de seguros previsionales según lo señalado en el artículo 102 de Ley 100 de 1993, no podía rechazar la voluntad de afiliación de la demandante, pues tal artículo lo prohíbe, salvo si no se cumple el término mínimo de permanencia; que siempre ha llevado una correcta administración de los recursos de la demandante de la ley 100 de 1993; que en lo que corresponde a la devolución de estos emolumentos indexados considera que se está incurriendo en una doble condena, pues se condena al reintegro de los rendimientos y a la par la indexación; y que los

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

últimos valores son dineros actuales, en los que media una actualización de la moneda corriente, en consecuencia, no se puede generar una entrega de estos de forma indexada.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la declaratoria de ineficacia de traslado como consecuencia de la inobservancia del deber de información implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido afiliación al R.A.I.S., esto es, retrotraer la situación como si ese acto de traslado jamás hubiera existido, y en ese sentido, PORVENIR S.A. no solo debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con rendimientos financieros, sino que también debe devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, al igual que los porcentajes ya ordenados en la sentencia de primera instancia.

## **2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y la PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

## **3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante **COLFONDOS S.A.**, así como los traslados posteriores que realizó dentro del RAIS?

### **Tesis**

Modificar la decisión de primer grado.

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

#### **3.1. De la ineficacia del traslado.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de febrero de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral allegada por COLPENSIONES (fls. 52 a 56 del archivo 13); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

COLFONDOS, el 29 de septiembre de 1995, según el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión – S.I.A.F.P. (fl. 36 del archivo 17).

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

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

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

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

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

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

### **3.2. Caso concreto**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a la COLFONDOS S.A. no es menos cierto que fue allegada la consulta del S.I.A.F.P. que da cuenta del traslado efectuado por la actora a la COLFONDOS S.A. el 29 de septiembre de 1995; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que COLFONDOS S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada A.F.P. podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, sin embargo, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Lara Valencia se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de septiembre de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que indicó que al momento de realizar su afiliación al R.A.I.S le manifestaron que el I.S.S. se acabaría, que tendría mayor estabilidad, mejores garantías en el fondo privado- como lo es una pensión vitalicia con menos semanas de cotización-, y que se podía pensionar anticipadamente por una enfermedad que le diagnosticaran y que la incapacitara para trabajar; luego, de tales manifestaciones la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1998 (fl. 25 del archivo 15), a Colmena Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero de 1999 (fl. 34 del archivo 17), a COLFONDOS S.A. el 26 de marzo de 2002 (fl.36 del archivo 17), a Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de julio de 2004 (fl.35 del archivo 17) y a PORVENIR S.A. el 05 de septiembre de 2013 (fls. 26 y 27 del archivo 15), es de anotar que el mismo no suple la obligación primigenia que tenía la A.F.P. COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. Así, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022), **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia a fin de establecer que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, también debe devolver los valores pagados por concepto de **aportes y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia**, en el sentido de establecer que **COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**, además de restituir las sumas descontadas por

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

gastos de administración, comisiones, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, deberán devolver los **valores pagados por concepto de seguros previsionales; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos.

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

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

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

#### **4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

## **5. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia a fin de establecer que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, también debe devolver los valores pagados por concepto de **aportes y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia,** en el sentido de establecer que **COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.,** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, deberán devolver los **valores pagados por concepto de seguros previsionales; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

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

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

**CUARTO.** – Sin costas en esta instancia.

**Código Único de Identificación:** 11 001 31 05 015 2021 00264 01.

**Demandante:** MARTHA CONSUELO LARA VALENCIA

**Demandado:** COLPENSIONES Y OTROS.

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

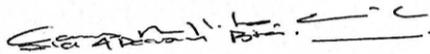
Los Magistrados,



**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

*Diego Roberto Montoya*

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**