

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-002-2018-00019-01
DEMANDANTE:	LILIANA MORÓN COTES
DEMANDADO:	FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 30 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Existencia contrato-despido sin justa causa-indemnizaciones
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte DEMANDADA contra la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LILIANA MORÓN COTES** contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, con radicado No. **11001-31-05-002-2018-00019-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 27 de octubre de 1.987 hasta el 6 de

¹ Paginas 138 a 151 Archivo 01 Expediente Digital

febrero de 2015, la cual fue terminada sin justa causa por empleadora; como consecuencia, se ordene el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a salud y pensión por el período de ejecución del contrato de trabajo, junto con la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indexación, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó, en específico, que estuvo vinculada con la demandada a través diversos contratos de prestación de servicios para desempeñarse como asesor pedagógico o docente desde el 4 de septiembre de 1.986 hasta el 6 de febrero de 2015, cuando fue intervenida la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN por el Ministerio de Educación, conforme emana de los diferentes contratos celebrados y las certificaciones allegadas al proceso. Asimismo, resaltó que ha prestado sus servicios de manera continua y sin interrupción, por lo que se cumplen las formalidades de un contrato laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN²

La pasiva se opuso a las pretensiones de la demanda, y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que los vínculos que se tuvo con la accionante lo fueron desde el año 1987 hasta el 5 de diciembre de 2014, cuando inició la intervención del Ministerio de Educación, a través de contratos civiles de prestación de servicios con completa autonomía e independencia y contratos de docente, acotando que estos últimos tienen una duración por el periodo académico, de conformidad con el artículo 101 del CST, de ahí que no se pueda entender que se ha mantenido una sola relación laboral, en el tiempo que la accionante prestó sus servicios.

Resalta que en el evento que se adeude alguna suma, esta no puede ser cancelada en virtud de las medidas preventivas adoptadas por el Ministerio de Educación a través de las Resoluciones 841 del 19 de enero de 2015 y 1702 del 10 de febrero de 2015, en uso de sus facultades de inspección vigilancia y control

² Páginas 253 a 268 y 460 del Archivo 01 del ED.

consagradas en la Ley 1740 del 23 de diciembre de 2014, entre las cuales se encuentran el Instituto de Salvamento, por el cual, se suspendieron los pagos de las obligaciones causadas hasta el 10 de febrero de 2015, día en que se dispuso de la medida de vigilancia especial.

Señala frente a la sanción moratoria del artículo 65 del CST que la accionante no inició la reclamación dentro de los 24 meses posteriores a la terminación de la relación laboral, por lo cual, en caso de reconocerse, sólo lo sería por los intereses moratorios y no por un día de salario por día de mora. Igualmente, aduce que nunca existió relación laboral alguna, por eso no se le puede condenar a ninguna sanción o indemnización, y que al no deber ninguna suma de dinero no puede condenarse a la indexación.

Propone como excepción previa la de prescripción y, como excepciones de fondo las que denominó: buena fe, cobro de lo no debido, compensación, y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de enero de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que estuvo vigente desde el 27 de octubre de 1987 hasta el 15 de enero de 2015, desempeñándose la demandante como docente del Departamento de Posgrados de Odontología y como Asesor Pedagógico del área de preclínicas; condenó a la demandada a pagar: (i) cesantías \$35.868.248; (ii) intereses a las cesantías \$4.356.213; (iii) prima de servicios \$8.297.066; (iv) vacaciones \$5.279.600, suma debidamente indexada; (v) sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de las cesantías \$61.413.120; (vi) intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a título de sanción del artículo 65 del CST respecto de los salarios y prestaciones sociales adeudadas desde el 15 de enero de 2015 y hasta que se efectúe su pago; (vii) \$53.618.730 por concepto de indemnización por despido; condenó a la encartada a pagar el cálculo actuarial por los aportes a pensión efectuado por la Administradora de Pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, teniendo en cuenta los salarios definidos en la parte considerativa de la sentencia, por el período comprendido entre el 27 de octubre de 1.987 y el 15 de

enero de 2015, con sus respectivos intereses moratorios a satisfacción de la entidad. Frente a las demás pretensiones, la demandada fue absuelta y se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Finalmente, condenó en costas a la accionada.

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la A quo señaló que conforme a los múltiples contratos de prestación de servicios y de docente, las certificaciones laborales expedidas y las declaraciones recaudadas en el proceso, se acreditó la prestación personal del servicio remunerado por parte de la accionante en favor de la accionada, en el periodo comprendido entre el año de 1987 hasta el 15 de enero de 2015. Asimismo, advirtió que la accionada no desvirtuó el elemento de subordinación propio de las relaciones laborales, por el contrario, se evidenció que los servicios de la demandante no fueron prestados de forma independiente y autónoma, pues esta cumplía un horario de trabajo impuesto por la demandada, y recibía órdenes de trabajo, como de traslado a otras dependencias, entre otras instrucciones que escapaban del ámbito del objeto de la prestación de su servicio y demostraban el ejercicio de un poder subordinante que desnaturalizó el vínculo civil que tenían las partes, a un vínculo laboral.

Además, frente a los contratos de docente, regulados por los artículos 101 y 102 del CST, señaló que no se acredita por la demandada que entre los lapsos entre uno y otro contrato la actora no prestara su servicios; por el contrario, se acreditó que la actora se desempeñaba como docente y como asesora de preclínicas y que en virtud de esto continuaba disponible para la atención de paciente, con posterioridad a la terminación del período académico. Por lo cual, dijo que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas y del artículo 24 del CST, se tiene que la demandante tenía un verdadero vínculo laboral indefinido con la demandada, sin solución de continuidad.

Dijo que es procedente el pago de las acreencias laborales insolutas, ya que las pruebas aportadas no permiten evidenciar si la demandada había liquidado en debida forma los contratos laborales y cancelado sumas en favor de la trabajadora.

Adujo frente a la excepción de prescripción propuesta que, la demandante interrumpió el término consagrado en el artículo 151 del CPT y de SS y 488 del

CST con la presentación de la reclamación dirigida a su empleador el 16 de febrero de 2017, además presentó la demanda oportunamente el 19 de febrero de 2017, por lo que se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción las acreencias laborales diferentes a las cesantías, causadas con anterioridad al 15 de febrero del 2012. En cuanto a la sanción por falta de consignación de cesantías, la misma procede desde febrero de 2011 y en adelante; sobre las vacaciones dijo que se tiene como fecha de referencia para la prescripción, el 15 de enero de 2011.

En cuanto a la indemnización por despido, la concedió teniendo en cuenta el tiempo laborado de 27 años, 3 meses y 15 días, debido a que se acreditó el finiquito con la carta del 15 de enero de 2015 con sustento a circunstancias específicas de la demandada, en especial la intervención del Ministerio de Educación, lo cual no es imputable al trabajador, y a quien, como lo manifestó en el interrogatorio de parte, no le permitieron el ingreso a las instalaciones de la convocada.

En lo referente a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, refiere que el accionado no aportó razones que justificaran la omisión en el pago de las acreencias laborales en favor de la accionante. Además, que es claro su no actuar bajo los postulados de la buena fe, ya que intentó ocultar la naturaleza del vínculo laboral en múltiples contratos de prestación de servicio, aunado a que su incumplimiento fue reiterado durante la vigencia de la relación laboral, por lo que no resulta atendible su situación de intervención, la cual solo tuvo lugar en el año 2015. No obstante, atendiendo que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses posteriores a la terminación del contrato laboral, condenó únicamente al pago de los intereses moratorios causados por los salarios y prestaciones adeudadas desde el 15 de enero de 2015 hasta que se efectúe su pago, a la tasa máxima del crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Sobre la sanción por no consignación de cesantías dijo que ante la falta de acreditación de la buena fe de la empleadora, es procedente el pago de la misma desde el 15 de febrero del año 2011 hasta el 14 de febrero de 2014, como ya se había anotado. Sumó a ello que la demandada debe reconocer los aportes a pensión en el porcentaje que le corresponde al empleador por el período de ejecución del contrato de trabajo.

Señaló que para establecer la base de pago de las acreencias laborales adeudadas, deben considerarse los salarios devengados, de conformidad con el promedio de lo reportado o lo establecido como honorarios y salarios, en los contratos de prestación de servicios y de docente, así como el cuadro de nómina de pago, las liquidaciones de los contratos, los reportes de dispersión de nómina, y las certificaciones laborales aportadas, de la siguiente manera:

AÑO	SALARIO MENSUAL
1987	\$70.000
1988	\$70.000
1989	\$75.000
1990	\$198.000
1991	\$166.120
1992	\$388.074
1993	\$482.485
1994	\$353.744
1995	\$496.490
1996	\$426.662
1997	\$481.963
1998	\$657.287
1999	\$657.287
2000	\$1.441.314
2001	\$1.108.984
2002	\$944.742
2003	\$.1.100.747
2004	\$2.398.556
2005	\$2.152.311
2006	\$2.206.534
2007	\$2.440.829
2008	\$2.213.482
2009	\$2.213.482
2010	\$2.813.482
2011	\$2.513.482
2012	\$2.558.907
2013	\$2.813.482
2014	\$2.658.802
2015	Tiene en cuenta los días laborados con referencia al salario devengado en el año 2014

Finalmente, dijo que no es procedente realizar los pagos correspondientes por concepto de aportes a salud, debido a que la parte demandante no demostró que debió cubrir alguna suma de dinero por algún perjuicio en su salud.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación pretendiendo la revocatoria en su integralidad de la decisión emitida en primera instancia, para que en su lugar, se proceda a: (i) declarar la existencia de múltiples vínculos contractuales de diversa naturaleza, (ii) declarar la realización de los pagos relativos a dichas relaciones contractuales, (iii) declarar que la demandada no actuó con mala fe, y por lo cual, no procede ninguna condena por las sanciones consagradas en el artículo 65 del CST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y, (iv) absolver a la demandada de la indemnización por despido sin justa causa, en razón a que la finalización del último vínculo contractual de docencia se dio por una causa objetiva, a saber, la conclusión del periodo académico.

Argumentó en síntesis que discrepa con respecto a la afirmación de la existencia de un único contrato laboral entre el 27 de octubre de 1897 y el 15 de enero de 2015. Según su perspectiva, en realidad, se suscribieron múltiples vínculos contractuales de distintas naturalezas, esto es, de carácter civil, laboral y de docencia.

Específicamente en relación con el contrato de docencia, el recurrente señaló que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 101 del CST, se establece que la duración de dicho contrato se ajusta al periodo académico. Por lo tanto, argumentó que, debido a su naturaleza intrínseca, no es apropiado considerarlo como un solo contrato continuo, y mucho menos dotarlo de la connotación de un contrato laboral. En este contexto, sostuvo que se debe aplicar la figura de la concurrencia de contratos, tal como se establece en el artículo 25 del CST, que permite la concurrencia de un contrato laboral, junto con un contrato de prestación de servicios con un mismo empleador.

Enfatizó que su último vínculo contractual con la demandante se trató de un contrato de docencia que tenía una fecha de terminación estipulada para el 5 de diciembre de 2014. En consecuencia, argumentó que no se puede tomar como válida la fecha de terminación del vínculo el 15 de enero de 2015, basándose

únicamente en la fecha de una carta, que según el recurrente, fue enviada de manera incorrecta y masiva. Sostuvo que tampoco se puede extender el contrato de docencia hasta el 15 de enero de 2015 basándose únicamente en las afirmaciones de la demandante, especialmente cuando no existe evidencia que respalde esta afirmación. Además, señaló que la única persona que rindió testimonio fue el esposo de la actora, el cual fue objeto de tacha por la accionada, además, destacó que se observaron discrepancias significativas en su testimonio, en comparación con el interrogatorio de parte, y que en él mismo afirmó que la accionante estaba en casa en momentos cuando debía prestar sus servicios, por ende, a través de las pruebas presentadas y las diligencias realizadas, no se pudo demostrar de manera concluyente la prestación de los servicios, hasta el 15 de enero de 2015, aunado a que su vínculo estaba atado a lo previsto en el artículo 101 del CST, siendo claro que no se trató de una sola relación, sino, como se dijo, de diversos vínculos contractuales.

En ese orden alegó, que las condenas propuestas se calcularon de manera incorrecta, pues al existir diferentes vínculos, los plazos de prescripción de las acreencias laborales reconocidas, se encuentran afectadas por un término autónomo. Argumentó que no es apropiado asumir que la terminación de la relación laboral fue injusta, ya que el último contrato, que fue docencia finalizó debido al término del período académico, lo que excluye la posibilidad de cualquier indemnización, por ser una causal objetiva de terminación.

Hizo hincapié en que, aunque se presentaron las liquidaciones de los contratos, no se consideraron estos documentos como prueba suficiente para respaldar los supuestos pagos pendientes. Igualmente, señaló que estos pagos no fueron tachados, ni desconocidos por la demandante, a más que no existe una tarifa legal que permita demostrar los mismos, pese a ello el Despacho de primera instancia simplemente concluyó que no se realizaron, cuando por el contrario se demostró que hubo múltiples pagos a través de los contratos, las liquidaciones presentadas y los informes de dispersión de nómina, algunos de ellos firmados por la demandante, resaltando que en este caso no pueden exigirse transferencias electrónicas desde el año 1987.

En relación con la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, el recurrente afirmó que esta no puede imponerse automáticamente por la falta de pago, ya que se requiere demostrar la mala fe del empleador a la data de

terminación del contrato laboral y no, durante el transcurso de duración de la relación. Sostuvo que en el momento de la terminación del contrato, la demandada estaba sujeta a medidas preventivas por parte del Ministerio de Educación, como los institutos de salvamento, que aún se encuentran vigentes. Estas medidas implicaron la suspensión de todos los pagos, lo que significa que la falta de cancelación de las acreencias no fue resultado de la mala fe, sino debido a las restricciones impuestas por los institutos de salvamento. Por lo tanto, solicitó que se proceda a absolver de la sanción moratoria del artículo 65 del CST o, en su defecto, que se limite hasta la fecha en que se implementaron los institutos de salvamento.

En cuanto a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el recurrente solicitó que se le absuelva de esta condena a la accionada, argumentando que no actuó de mala fe en los múltiples vínculos contractuales; además, dijo que en el hipotético caso de conformarse la decisión de existencia de un solo contrato de trabajo desde 1987, debe considerarse que la demandante debió realizar el traslado del régimen tradicional, al régimen actual de cesantías, establecido por la Ley 50 de 1990. En ese orden, resaltó que brilla por su ausencia dicho traslado, y por lo cual se debe asumir que, al no existir el mismo, las cesantías se tenían que haber cancelado bajo el régimen tradicional, y no ser consignadas a un fondo antes del 14 de febrero del año siguiente al que fueron causadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*,

determinar: primero, si entre las partes existió un solo contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de octubre de 1987 al 15 de enero de 2015, o si por el contrario, existieron diversas relaciones laborales regidas por contratos docentes y de prestación de servicios; segundo, conforme a los resultados del anterior cuestionamiento, definir si son procedentes o no las condenas impuestas por la Juez A quo a título de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa; tercero, si el Juzgado de Conocimiento acertó en la forma en como declaró la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto de alzada.

No es materia de debate dentro del presente asunto, que la actora prestó sus servicios a favor de la encartada, como así esta lo reconoce desde la contestación de la demanda, sin embargo, persiste la controversia en cuanto al número de relaciones laborales que ataron a las partes y la modalidad contractual de cada una de ellas, pues mientras la parte actora afirma que existió un solo contrato de trabajo a término indefinido, la encartada alega se celebraron varios contratos docentes y de prestación de servicios, lo cual era posible bajo la figura de la concurrencia de contratos.

En ese sentido, necesario se torna indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales en que esta se desplegó, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del mismo y, al empleador demandado, la justeza en finalizarlo, en virtud del artículo 167 del CGP.

Ahora bien, como quiera que la encartada hace referencia a que entre las partes existieron diversos contratos de profesores o docentes, procede la Sala a remitirse a lo dispuesto en el artículo 101 del CST para dilucidar lo relativo a este punto de apelación.

Así, establece el artículo 101 del CST, lo siguiente: “El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar”.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12708 de 2016, hace todo un andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de la sentencia con radicación No 15623 del 23 de abril de 2001, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina lo siguiente:

*“1) Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, concepto que se ha entendido equivalente al de periodo académico, de modo que **no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario**.*

Sin duda éste precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:

El régimen está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de éstos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año.

Conforme quedó definido, contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el período académico. Pero la modalidad no es forzosa o excluyente para los profesores sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes, o sea que en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.

No prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo periodo académico para que finalice el contrato por su propia virtud y, por consiguiente, no opera la llamada tácita reconducción, esto es, la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente su ánimo de terminarlo.

En punto a las consecuencias del rompimiento del contrato han de aplicarse a falta de disposiciones especiales, las previstas en los ordinales 3 y 5 del artículo 64 del C.S.T, subrogado por la Ley 50/90, art. 6º, vale decir que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización equivalente al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el periodo académico. Y si es el trabajador quien

da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario". (Subraya y negrilla fuera de texto).

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver los puntos objeto de debate referenciados, para lo cual ha de indicar que, en el presente caso fueron aportadas diversas certificaciones expedidas por la demandada, en la cuales se indica que la parte demandante ha prestado sus servicios para la fundación demandada desde el año de 1987 a través de contratos de prestación de servicios por período docente o mediante contratos de trabajo por período docente, conforme emanada de las páginas 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 24, 25, 26 y 27 del Archivo 01 del expediente digital.

Aunado a ello, se observa que los extremos procesales celebraron diversos contratos de prestación de servicios o contratos docentes, que como se anotó, son de carácter laboral, tal y como se resumen en la siguiente tabla:

-----Continúa página siguiente-----

Tipo de contrato	Fecha Inicio	Fecha Final	Cargo	Folios
Para profesores a término fijo (dice que es por el período académico)	27/10/87	31/12/87	Profesor departamento de clínicas -Terapista del lenguaje	275 a 279
Para profesores a término fijo (dice que es por el período académico)	12/01/88	31/12/88	Profesor departamento de clínicas-fonoaudióloga	281 a 285
Para profesores a término fijo (dice que es por el período académico)	10/01/89	31/12/89	Profesor departamento de clínica intramural pediátrica-fonoaudióloga	293 a 295
Para profesores a término fijo (dice que es por el período académico)	16/01/90	31/12/90	Profesor Clínica Integral de Niños de Chapinero - fonoaudiologa	298 a 300
Prestación de servicios	16/01/90	31/12/90	Asesor Pedagógico - Clínica Odontopediátrica Chapinero	301 a 303
Para profesores a término fijo (dice que es por el período académico)	16/01/91	31/12/91	Profesor Clínica Pediátrica Chapinero	306 a 308
Prestación de servicios	16/01/91	31/12/91	Asesor Pedagógico - Clínica Odontopediátrica Chapinero	310 a 312
Para profesores a término fijo	1/08/91	31/12/91	Docente departamento Preclínicas	313 a 315
Para profesores a término fijo	13/01/92	31/12/92	Docente Clínica Niños Chapinero	319 a 321
Prestación de servicios	13/01/92	31/12/92	Asesor Pedagógico - Clínica Odontopediátrica Chapinero	326 a 328
Prestación de servicios	16/01/93	30/06/93	Asesor Pedagógico - Preclínicas	335 a 337
Prestación de servicios	16/01/93	31/12/93	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	338 a 340
Prestación de servicios	1/01/94	31/12/94	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	343 a 345
Prestación de servicios	17/01/94	30/06/94	Asesor Pedagógico - Preclínicas	346 a 348
Prestación de servicios	1/08/94	31/12/94	Asesor Pedagógico - Preclínicas	351 a 353
Prestación de servicios	10/01/95	31/12/95	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	356 a 358
Prestación de servicios	15/01/96	31/12/96	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	361 a 362
Prestación de servicios	1/02/96	30/06/96	Asesor Pedagógico - Preclínicas	363 a 364
Prestación de servicios	14/01/97	31/12/97	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	366 a 367
Prestación de servicios	20/01/97	31/12/97	Asesor Pedagógico - Preclínicas	368 a 370
Prestación de servicios	13/01/98	31/12/98	Asesor Pedagógico - Preclínicas	372 a 374
Prestación de servicios	13/01/98	31/12/98	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	375 a 376
Prestación de servicios	12/01/99	31/12/99	Asesor Pedagógico - Preclínicas	377 a 378 y 382 a 383
Prestación de servicios	12/01/99	31/12/99	Asesor Pedagógico - Salud Familiar	379 a 380
Prestación de servicios	1/08/00	31/12/00	Asesor Pedagógico - Preclínicas	385 a 386
Contrato docente	22/01/01	9/06/01	Docente Posgrado de Ortodoncia	387
Prestación de servicios	1/02/01	31/12/01	Asesor Pedagógico - Preclínicas	388 a 391
Prestación de servicios	14/01/02	31/12/02	Asesor Pedagógico - Preclínicas	392 a 393 y 395 a 396
Contrato docente	25/07/02	5/12/02	Docente Posgrado de Ortodoncia	394
Prestación de servicios	14/01/02	31/12/02	Asesor Pedagógico - Preclínicas	392 a 393 y 395 a 396
Prestación de servicios	16/01/03	30/06/03	Asesor Pedagógico - Preclínicas	397 a 398
Contrato docente	25/07/03	12/12/03	Docente Posgrado de Odontología	399 a 400
Contrato docente	22/07/03	9/12/03	Docente Posgrado de Odontología	401 a 402
Contrato docente	16/02/04	30/06/04	Docente Facultad Odontología	403 a 404
Contrato docente	26/07/04	26/12/04	Docente Facultad Odontología	405 a 406
Contrato docente	24/01/05	10/06/05	Docente Facultad Odontología	408 a 409
Contrato docente	18/07/05	2/12/05	Docente Facultad Odontología	410 a 411
Contrato docente	29/07/05	2/12/05	Docente Posgrado de Odontología	412 a 413
Contrato docente	23/01/06	9/06/06	Docente Facultad Odontología	414 a 415
Contrato docente	18/07/06	2/12/06	Docente Facultad Odontología	416 a 417
Contrato docente	22/01/07	8/06/07	Docente Facultad Odontología	419 a 420
Contrato docente	16/07/07	30/11/07	Docente Facultad Odontología	421 a 422
Contrato docente	1/08/07	30/11/07	Facultad de Posgrados de Odontología	423 a 424
Contrato docente	21/01/08	6/06/08	Docente Facultad Odontología	425 a 426
Contrato docente	21/07/08	5/10/08	Docente Facultad Odontología	427 a 428
Contrato docente	1/08/08	30/11/08	Docente Posgrado de Odontología	429 a 430
Contrato docente	19/01/09	5/06/09	Docente Facultad Odontología	431 a 432
Contrato docente	21/07/09	28/11/09	Docente Facultad Odontología	433 a 434
Contrato docente	18/01/10	4/06/10	Docente Facultad Odontología	435 a 436
Contrato docente	21/06/10	3/12/10	Docente Facultad Odontología	437 a 438
Contrato docente	17/01/11	4/06/11	Docente Facultad Odontología	440 a 441
Contrato docente	18/07/11	3/12/11	Docente Facultad Odontología	442 a 443
Contrato docente	23/01/12	8/06/12	Docente Facultad Odontología	444 a 445
Contrato docente	23/07/12	7/12/12	Docente Facultad Odontología	446 a 447
Contrato docente	21/01/13	7/06/13	Docente Facultad Odontología	448 a 449
Contrato docente	22/07/13	6/12/13	Docente Odontología	450 a 451
Contrato docente	20/01/14	6/06/14	Docente Odontología	452 a 453
Contrato docente	21/07/14	5/12/14	Docente Odontología	454 a 455

De la anterior relación, se observa que la demandante fue contratada a través de diversos tipos de contrato, esto es, contrato a término fijo, contrato de prestación de servicios y contrato docente. Además, desempeñó diferentes cargos en la Facultad de Odontología, en Postgrados de Odontología y Ortodoncia y en Preclínicas, pues en unos contratos se le vinculo como docente y en otros, como asesor pedagógico; pese a ello, se advierte que al analizar las funciones consignadas en los distintos documentos, se constata que ella se

desempeñaba como docente, conforme a las actividades que se discriminan a continuación:

SEMESTRE DEL periodo académico de 2013 comprendido entre el 22/07/2013 hasta el 06/12/2013 CUARTA: OBLIGACIONES. 1º. Dictar cátedra con carga docente determinado con el acuerdo al PEP 2º. Diseñar experiencias de aprendizaje para sus estudiantes. 3º. Acompañar, y controlar el trabajo académico. 4º. Supervisar prácticas académicas. 5º. Evaluar y retroalimentar el rendimiento académico o el logro de competencias alcanzadas por sus estudiantes sin que esto implique reconocimiento adicional de remuneración por parte de LA FUNDACIÓN. 6º. El docente con un mínimo de tres periodos académicos laborados en la facultad, se compromete a evidenciar en físico y medio magnético una producción intelectual plasmada de uno de los siguientes ítems: Trabajo de investigación en el área de ciencias de la salud, publicaciones en revistas de un artículo, ponencias en Encuentros, Congresos, Simposios y otros, publicación en libros, o capítulos de libros, cartillas y/o manuales entre otros. 7º. Ejercer de Tutor estudiantil. 8º. Participar activamente en procesos de investigación al interior de la facultad 9º. Escribir guías de cátedra. 10º. Diseñar pedagógicamente y escribir módulos interactivos de su disciplina. 11º. Participar en planes de capacitación docente. 12º. Allegar periódicamente y en la oportunidad requerida los documentos necesarios que demuestren su idoneidad, investigación, trayectoria profesional y académica, a efecto de ser categorizado o recategorizado, según lo preceptuado en los Artículos del 13 al 20 del Régimen Docente 13º. Participar en procesos de evaluación, auto evaluación, cumplimiento de estándares de calidad, acreditación previa y acreditación de programas a que pertenece, en armonía con la ley de educación, decreto 1295 de 2010 y demás normas concordantes 14º. Realizar artículos y ensayos sobre su disciplina y publicarlos en revistas de divulgación académica – científica. 15º. Actuar como conferencista. 16º. Contribuir a la materialización del Proyecto Educativo Institucional. 17º. A presentar oportunamente dentro del periodo académico las notas o evaluaciones exigidas por la Facultad, incluyendo las calificaciones correspondientes al final del semestre. 18º. A Asistir a las reuniones de profesores a las cuales sea convocado 19º A las obligaciones contenidas en los Artículos 8 y 28 del Régimen Docente. 20º Avisar oportunamente si por cualquier causa justificada, no pudiese concurrir a desempeñar funciones, presentando la justificación del caso dentro de las 48 horas siguientes. 21º A no atender durante las horas de trabajo asuntos particulares, a guardar estricta reserva de todo lo que llegue a su conocimiento por razón de su oficio y cuya revelación pudiese causar perjuicio a LA FUNDACION; y a trabajar todo el tiempo necesario para cumplir debidamente sus deberes. 22º. Todas aquellas funciones específicas que sean determinadas por su superior. QUINTA:

consignadas en el cuadro contenido en la primera página. TERCERA: Dentro del desempeño de sus funciones EL ASESOR PEDAGÓGICO queda comprometido a: 1o. Preparar debidamente sus conferencias. 2o. Atender a los alumnos en el aspecto pedagógico. 3o. Preparar el material didáctico para las conferencias. 4o. Elaborar los temas para los exámenes ordinarios y los de validación, habilitación y supletorios de los estudiantes, practicarlos y calificarlos. 5o. Entregar oportunamente las calificaciones o notas a la Secretaría de la Facultad correspondiente. 6o. Cumplir los programas mínimos de las asignaturas a su cargo. 7o. Asistir a las reuniones a que sea convocado. 8o. Avisar oportunamente si por cualquier causa justificada no puede concurrir a desempeñar las funciones y 9o. A realizar todo lo que le sea necesario para cumplir todas las obligaciones relacionadas con su GESTIÓN. 10o. Guardar absoluto respeto por los alumnos, no ejerciendo sobre ellos presiones indebidas. 11o. Queda prohibido dentro de la institución cualquier tipo de relación alumno - asesor pedagógico, diferente a las propias de la enseñanza, que pueda comprometer el buen nombre de la institución. CUARTA: EL ASESOR

Ahora bien, aunque el testigo Antonio Zofán Guerra, quien declaró en calidad de cónyuge de la demandante y ex empleado de la accionada, dijo que la señora Liliana Morón en condición de fonoaudióloga prestaba sus servicios en la clínica de niños de la Fundación demandada, lo cierto es que esa función no la desligó de su labor docente, porque conforme a todos los contratos que se acaban de relacionar, ella tenía de manera permanente las actividades en tal condición, aunado a que el mismo testigo refirió que la actora en un día de trabajo tenía revisión de pacientes y desarrollaba sus actividades docentes (Minuto 06:38 a 42:49 Archivo 04 del ED), siendo oportuno advertir además, que si bien sobre el declarante pesa la tacha por sospecha, la misma no tiene ninguna incidencia en el caso, porque el testigo fue conteste, espontáneo, claro y coherente en sus dichos. A lo anterior se suma, que la misma demandante indicó en su interrogatorio de parte, que la atención a pacientes se hacía junto con los estudiantes, con quienes evaluaba el anexo de fonoaudiología de las historias clínicas y valoraba a los mismos (Min 44:41 a 58:47 Archivo 04 del ED).

Del análisis de los medios de convicción reseñados, encuentra el Colegiado que le asiste razón a la parte accionada, en cuanto advierte que entre las partes no existió una sola relación laboral, sino varias, pues en efecto la demandante fue vinculada por la fundación demandada mediante diversos contratos de distintas naturaleza laboral, entre los cuales se destaca el contrato docente, que conforme a lo anteriormente explicado tiene plenos efectos y es perfectamente válido en la legislación laboral, aunado a que, también celebró con la encartada contratos a término fijo, los cuales se advierten liquidados a su finalización (páginas 287 a 290 Archivo 01 del ED); de suerte que no resulta acertado declarar un solo vínculo laboral, dada la validez de este tipo de vinculaciones y por cuanto entre los interregnos de cada contratación, no se encuentra acreditado que la demandante estuviere prestando el servicio, por ejemplo en los períodos intersemestrales o, que estuviere disponible para el efecto, pues ello no emana de ningún medio de convicción adosado a las diligencias, ni siquiera del testimonio traído por la parte demandante, en tanto este únicamente dijo que la activa trabajó entre el año 1987 y 2014, sin hacer precisiones de continuidad, ni referirse qué sucedía entre un vínculo u otro, porque ciertamente ello no se le preguntó.

Por tanto, la Sala considera que los contratos a término fijo y los de profesor o docente tiene plenos efectos en el presente caso, siendo de especial importancia además anotar, que no se comparte la posición del Juzgado de Conocimiento en cuanto indicó que en los interregnos de cada contrato la demandada debió desvirtuar la prestación del servicio, en tanto ello contraría la obligación de la trabajadora de demostrar que, en efecto estuvo prestando ese servicio de manera ininterrumpida, como lo afirmó en su demanda.

En lo que sí no le asiste razón al alzado, es que durante los períodos en los cuales la demandante fue contratada simultáneamente por contrato de prestación de servicios y por contrato docente, que es un verdadero contrato de trabajo, operó la figura de la concurrencia, pues por la sola prestación de los servicios, activó a favor de ella la presunción de que trata el artículo 24 del CST respecto de los contratos de prestación de servicios, la cual no se encuentra desvirtuada por la demandada, como quiera que esta no acreditó, como le correspondía, que la actora en su labor se desempeñó de manera autónoma e independiente, antes bien, el testigo allegado al proceso, indicó que la señora Morón Cotes cumplía horario y recibía ordenes de tres jefes diferentes, por lo que

considera la Sala que durante la contratación de la activa a través de contratos de prestación de servicios, de manera concomitante con los contratos docentes, en la realidad existieron contratos a término indefinido.

Por todo lo dicho y para mayor claridad, considera el Tribunal importante indicar que entre los extremos procesales existieron los siguientes contratos de trabajo:

Tipo de contrato	Fecha Inicio	Fecha Final
Contrato a término fijo	27/10/87	31/12/87
Contrato a término fijo	12/01/88	31/12/88
Contrato a término fijo	10/01/89	31/12/89
Contrato a término indefinido	16/01/90	31/12/99
Contrato a término indefinido	1/08/00	30/06/03
Contrato docente	25/07/03	12/12/03
Contrato docente	22/07/03	9/12/03
Contrato docente	16/02/04	30/06/04
Contrato docente	26/07/04	26/12/04
Contrato docente	24/01/05	10/06/05
Contrato docente	18/07/05	2/12/05
Contrato docente	29/07/05	2/12/05
Contrato docente	23/01/06	9/06/06
Contrato docente	18/07/06	2/12/06
Contrato docente	22/01/07	8/06/07
Contrato docente	16/07/07	30/11/07
Contrato docente	1/08/07	30/11/07
Contrato docente	21/01/08	6/06/08
Contrato docente	21/07/08	5/10/08
Contrato docente	1/08/08	30/11/08
Contrato docente	19/01/09	5/06/09
Contrato docente	21/07/09	28/11/09
Contrato docente	18/01/10	4/06/10
Contrato docente	21/06/10	3/12/10
Contrato docente	17/01/11	4/06/11
Contrato docente	18/07/11	3/12/11
Contrato docente	23/01/12	8/06/12
Contrato docente	23/07/12	7/12/12
Contrato docente	21/01/13	7/06/13
Contrato docente	22/07/13	6/12/13
Contrato docente	20/01/14	6/06/14
Contrato docente	21/07/14	5/12/14

Cumple reiterar entonces, que al existir liquidación de los contratos a término fijo, estos tienen plena vigencia; además, se encontraron demostrados dos contratos a término indefinido, por cuanto entre el 31 de diciembre de 1999 y el 1º de agosto de 2000, existió una interrupción de la prestación del servicio, ya que no media contrato para esa fecha y tampoco existe prueba que dé cuenta de labores desempeñadas por la trabajadora, por tanto, se revocará la sentencia

impugnada, para en su lugar, declarar la existencia de las relaciones laborales anotadas.

De acuerdo con lo hasta aquí concluido, es claro que las condenas impuestas por la A quo, a título de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones deben ser objeto de revisión, al ser claro que entre la actora y la encartada no existió un solo contrato de trabajo, sino varios. Así, procede la Sala a definir si es procedente impartir condena por tales conceptos, considerando únicamente la última relación laboral que existió entre las partes (del 21 de julio al 5 de diciembre de 2014), conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ vertido entre otras, en la sentencia SL5165-2017, para lo cual resulta de relevancia acotar en primer lugar que, esa última relación no se extendió hasta el año 2015, como lo concluyó la Juez A quo, toda vez que se trató de contrato de trabajo docente, el cual terminó de una manera legal, es decir, con la finalización del período lectivo.

En ese orden, aunque el representante legal de la demandada aceptó en su interrogatorio de parte que se envió una carta masiva de terminación de contratos de trabajo (Archivo 09 del ED), es claro que la misma no tenía ninguna incidencia en el caso de la actora, porque su contrato de profesora ya había fenecido desde el 5 de diciembre de 2014, máxime que la propia convocante aceptó en su declaración de parte que prestó servicios de manera efectiva hasta el año 2014 y que la carta en referencia, la recibió en septiembre de 2016 (Min 44:41 a 58:47 Archivo 04 del ED).

Luego, para proceder a liquidar las prestaciones debidas, debe tenerse como punto de partida la fecha de finalización del último vínculo laboral, a efectos de analizar primeramente la excepción de prescripción, frente a lo cual ha de advertirse que tal fenómeno fue interrumpido con la presentación de la demanda, que lo fue el 19 de diciembre de 2017 (página 156 Archivo 01 del ED), como quiera que la reclamación allegada al proceso datada 6 de marzo de 2017, no versa sobre los derechos aquí reclamados, pues en ella peticionó una certificación de asistencia a la fundación demandada por citación efectuada previamente por vía telefónica (páginas 152 a 154 Archivo 01 del ED).

Bajo ese contexto, encuentra la Sala que ha operado el fenómeno de la prescripción sobre los derechos causados con anterioridad al 19 de diciembre de

2014, esto es, respecto de todas las prestaciones sociales y las vacaciones causadas con ocasión a la ejecución del último contrato de trabajo celebrado entre los extremos procesales, lo cual impide impartir condena por los mismos en contra de la encartada, y de contera, por sanción moratoria y por sanción por falta de consignación de las cesantías, al estar estas sustentadas en las deudas existentes por salarios, prestaciones sociales y por falta de consignación de las cesantías, que en el presente caso no hay lugar a reconocer.

En lo que atañe al despido injusto, se tiene que el mismo no ocurrió en el presente caso, pues como se dijo el último contrato docente, culminó por la expiración del período lectivo, al ejecutarse del 21 de julio de 2014 al 5 de diciembre de diciembre de 2014, siendo clara su terminación legal, que deviene en la improperidad de la indemnización por despido injusto.

Sobre los aportes a seguridad social en pensiones, encuentra la Sala que la demandada sólo acreditó su afiliación y pago a favor de la actora por los siguientes períodos:

II. DETALLE DEL APORTANTE

Datos del Afiliado		Información del Pago				Novedades																	
Identificación del Cotizante	Apellidos y Nombres	Referencia pago (PIN) / Número planilla	Fecha de Pago	Período de Cot.	Período Serv.	ING	RET P	RET A	TDE	TAE	TDP	TAP	VSP	COR	VST	SLN	IGE	LMA	VAC	AVP	VCT	IRP	Pris. AEP
CC 49735006	MORON COTES LILIANA	16924202	05/07/2012	201205	201206		X																8
CC 49735006	MORON COTES LILIANA	16267547	05/07/2012	201204	201205																		30
CC 49735006	MORON COTES LILIANA	16265778	11/05/2012	201203	201204																		30
CC 49735006	MORON COTES LILIANA	16264938	11/05/2012	201202	201203	X																	30

Por tanto, se dispondrá condena por los aportes a seguridad social en pensiones bajo la figura del cálculo actuarial, con destino a la entidad de seguridad social que refiera la trabajadora, por el término de cada una de las relaciones laborales aquí reconocidas, exceptuado los períodos anotados, a saber:

PERÍODOS PARA PAGO DE APORTES MEDIANTE LA MODALIDAD DE CÁLCULO ACTUARIAL	
Fecha Inicio	Fecha Final
27/10/87	31/12/87
12/01/88	31/12/88
10/01/89	31/12/89
16/01/90	31/12/99
1/08/00	30/06/03
22/07/03	12/12/03
16/02/04	30/06/04
26/07/04	26/12/04
24/01/05	10/06/05
18/07/05	2/12/05
23/01/06	9/06/06
18/07/06	2/12/06
22/01/07	8/06/07
16/07/07	30/11/07
21/01/08	6/06/08
21/07/08	30/11/08
19/01/09	5/06/09
21/07/09	28/11/09
18/01/10	4/06/10
21/06/10	3/12/10
17/01/11	4/06/11
18/07/11	3/12/11
23/01/12	28/02/12
23/07/12	7/12/12
21/01/13	7/06/13
22/07/13	6/12/13
20/01/14	6/06/14
21/07/14	5/12/14

Ahora bien, para la liquidación del cálculo en referencia, habrán de tomarse en consideración los salarios definidos por el Juzgado de Conocimiento a través de los diversos contratos allegados al proceso, como quiera que sobre ello no existe discusión, a saber:

AÑO	SALARIO MENSUAL
1987	\$70.000
1988	\$70.000
1989	\$75.000
1990	\$198.000
1991	\$166.120
1992	\$388.074
1993	\$482.485
1994	\$353.744
1995	\$496.490
1996	\$426.662
1997	\$481.963
1998	\$657.287
1999	\$657.287
2000	\$1.441.314
2001	\$1.108.984
2002	\$944.742
2003	\$1.100.747
2004	\$2.398.556
2005	\$2.152.311
2006	\$2.206.534
2007	\$2.440.829
2008	\$2.213.482
2009	\$2.213.482
2010	\$2.813.482
2011	\$2.513.482
2012	\$2.558.907
2013	\$2.813.482
2014	\$2.658.802

Conforme a lo expuesto habrá de revocase la sentencia opugnada, para en su lugar, declarar la existencia de las relaciones laborales anotadas y condenar a la encartada al pago de aportes a seguridad social en pensión, a favor de la activa, causados en virtud de los mentados vínculos. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso de alzada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que entre la demandante y la Fundación Universitaria San Martín existieron los siguientes contratos de trabajo, en virtud de los cuales la actora se desempeñó como docente o asesor pedagógico:

Tipo de contrato	Fecha Inicio	Fecha Final
Contrato a término fijo	27/10/87	31/12/87
Contrato a término fijo	12/01/88	31/12/88
Contrato a término fijo	10/01/89	31/12/89
Contrato a término indefinido	16/01/90	31/12/99
Contrato a término indefinido	1/08/00	30/06/03
Contrato docente	25/07/03	12/12/03
Contrato docente	22/07/03	9/12/03
Contrato docente	16/02/04	30/06/04
Contrato docente	26/07/04	26/12/04
Contrato docente	24/01/05	10/06/05
Contrato docente	18/07/05	2/12/05
Contrato docente	29/07/05	2/12/05
Contrato docente	23/01/06	9/06/06
Contrato docente	18/07/06	2/12/06
Contrato docente	22/01/07	8/06/07
Contrato docente	16/07/07	30/11/07
Contrato docente	1/08/07	30/11/07
Contrato docente	21/01/08	6/06/08
Contrato docente	21/07/08	5/10/08
Contrato docente	1/08/08	30/11/08
Contrato docente	19/01/09	5/06/09
Contrato docente	21/07/09	28/11/09
Contrato docente	18/01/10	4/06/10
Contrato docente	21/06/10	3/12/10
Contrato docente	17/01/11	4/06/11
Contrato docente	18/07/11	3/12/11
Contrato docente	23/01/12	8/06/12
Contrato docente	23/07/12	7/12/12
Contrato docente	21/01/13	7/06/13
Contrato docente	22/07/13	6/12/13
Contrato docente	20/01/14	6/06/14
Contrato docente	21/07/14	5/12/14

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** a pagar a nombre de la actora los aportes al sistema de seguridad social en pensiones bajo la modalidad del cálculo actuarial a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, por los siguientes períodos:

PERÍODOS PARA PAGO DE APORTES MEDIANTE LA MODALIDAD DE CÁLCULO ACTUARIAL	
Fecha Inicio	Fecha Final
27/10/87	31/12/87
12/01/88	31/12/88
10/01/89	31/12/89
16/01/90	31/12/99
1/08/00	30/06/03
22/07/03	12/12/03
16/02/04	30/06/04
26/07/04	26/12/04
24/01/05	10/06/05
18/07/05	2/12/05
23/01/06	9/06/06
18/07/06	2/12/06
22/01/07	8/06/07
16/07/07	30/11/07
21/01/08	6/06/08
21/07/08	30/11/08
19/01/09	5/06/09
21/07/09	28/11/09
18/01/10	4/06/10
21/06/10	3/12/10
17/01/11	4/06/11
18/07/11	3/12/11
23/01/12	28/02/12
23/07/12	7/12/12
21/01/13	7/06/13
22/07/13	6/12/13
20/01/14	6/06/14
21/07/14	5/12/14

Para el efecto, la encartada deberá tener en cuenta los valores de los salarios que se discriminan a continuación:

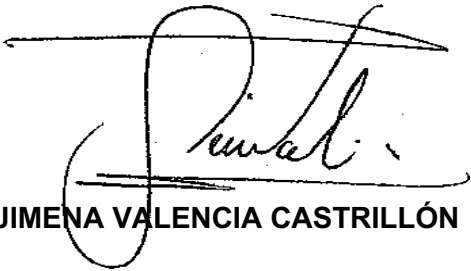
AÑO	SALARIO MENSUAL
1987	\$70.000
1988	\$70.000
1989	\$75.000
1990	\$198.000
1991	\$166.120
1992	\$388.074
1993	\$482.485
1994	\$353.744
1995	\$496.490
1996	\$426.662
1997	\$481.963
1998	\$657.287
1999	\$657.287
2000	\$1.441.314
2001	\$1.108.984
2002	\$944.742
2003	\$1.100.747
2004	\$2.398.556
2005	\$2.152.311
2006	\$2.206.534
2007	\$2.440.829
2008	\$2.213.482
2009	\$2.213.482
2010	\$2.813.482
2011	\$2.513.482
2012	\$2.558.907
2013	\$2.813.482
2014	\$2.658.802

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2014. En consecuencia, se **ABSUELVE** a la encartada de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia, dada la prosperidad del recurso de alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-001-2021-00608-01
DEMANDANTE:	EGMA LUZ MARTA GAVIRIA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 28 de noviembre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 28 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EGMA LUZ MARTA GAVIRIA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-001-2021-00608-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado realizado del RPM al RAIS por omisión en el deber de información, al igual que debe estar afiliada al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, desde el mes de junio de 1994; como consecuencia de ello, condenar a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes realizados por ella en el RAIS con destino a Colpensiones; condenar a Colpensiones a aceptar los aportes que realizó en el RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., al igual que registrarla como afiliada al RPM sin solución de continuidad desde el mes de junio de 1.994; se condene a las demandadas en costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 17 de mayo de 1.967, motivo por el cual a la fecha cuenta con 54 años. Que se afilió al otrora ISS desde el mes de enero de 1989. Que fue trasladada de régimen en el mes de enero de 1.994. Que inicialmente se vinculó a la AFP ING hoy Protección y, posteriormente, a Porvenir S.A. Que ninguna de las administradoras de fondos de pensiones le informaron sobre las consecuencias de su traslado y por ende, sobre la pérdida de los beneficios y garantías con las cuales contaba en el RPM. Que al celebrar dicho acto solo se le indicó que podía pensionarse a cualquier edad, con una mesada pensional con mayores garantías a las que podía acceder de mantenerse en el RPM, aunado a que podía trasladarse en cualquier momento a este último régimen, sin impedimento o limitación por razón de la edad o tiempo para pensionarse. Que no se le informó sobre lo que debía cotizar o aportar a la cuenta de ahorro individual para acceder a los beneficios ofrecidos en su asesoría de cambio de régimen. Que los fondos de pensiones incumplieron su deber legal de brindar una información veraz y efectiva de las consecuencias de trasladarse de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La demandada PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado realizado por la demandante con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 3 de junio de 1.994

¹ Páginas 1 a 20 del Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 2 a 35 Archivo 04 Expediente Digital

fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el Parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCIÓN S.A, constituye un acto jurídico plenamente válido emanado de la voluntad de la misma y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, que no puede ser desvirtuado mediante afirmaciones indeterminadas sobre supuestas omisiones de la Administradora que no se están probando y sobre la favorabilidad en el monto de la pensión que no constituyen vicio del consentimiento o causal de ineficacia.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a Porvenir S.A. y la innominada o genérica.

COLPENSIONES⁴

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que

³ Páginas 3 a 29 Archivo 06 Expediente Digital

⁴ Páginas 4 a 27 Archivo 09 del Expediente Digital

efectuaron el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de noviembre de 2023, declaró la ineficacia de traslado de la demandante realizado a través de la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A.; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado de la actora al RPM, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; ordenó a Protección S.A. y a Porvenir S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, lo que tiene que ver con la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada administradora, sin que les sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la convocante; declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; declaró no probadas las excepciones formuladas por las convocadas; condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto

éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que resulta improcedente la orden dada por el Despacho de trasladar los rendimientos financieros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, toda vez que está en ejercicio de su voluntad decidió trasladarse a la AFP Porvenir S.A. en el año 2003, por lo que su afiliación no se encuentra actualmente vigente con Protección, aunado a que mediante comunicación del 10 de junio de 2022, que se encuentra aportada en el plenario, se puede avizorar de manera detallada la constancia de traslado de la totalidad de los aportes contenidos en la cuenta de ahorro de la actora, entre los cuales se encuentran los mentados rendimientos, por manera que le resulta imposible a la AFP el traslado de los mismos con destino a Colpensiones.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que la demandante al momento del traslado era una persona capaz, por tanto, tenía los conocimientos que le llevaran a tomar una decisión, libre voluntaria e informada para trasladarse a Horizonte hoy Porvenir. Agregó que en el año 2004 las AFP realizaron una publicación a través de la cual, informaron a todos sus afiliados que podían trasladarse si así lo quisieran, siempre respetando su derecho al retracto. Añadió que a la activa se le aplica la restricción de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

De otro lado, señaló que conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los dineros que deben ser trasladados en los casos de cambio de régimen pensional, corresponden al saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos financieros, lo que legalmente impide que se ordene la devolución de sumas diferentes a las anotadas, más aún cuando se trata de dineros que no están llamados a financiar la prestación de vejez, resaltando que su devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor del afiliado. También dijo que la restitución de los gastos de administración o las primas de seguros se asimila a la orden de devolver las pólizas contra una compañía de seguros, a más que en concepto 20191522169003000 del 17 de enero de 2020, la Superintendencia Financiera indicó que en los casos en los que procede la nulidad o ineficacia de

traslado, los gastos a retornar son los aportes y rendimientos del afiliado contenidos en su cuenta individual, sin incluir primas de seguros y gastos de administración.

Finalmente, solicitó revocar la condena impuesta a título de indexación, toda vez que conforme a la sentencia C-161 de 2010, la misma corresponde a la actualización de la moneda, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pues pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, lo cual se ve suplido en el caso analizado con los rendimientos financieros que se generaron a favor de la actora, gracias a la debida gestión de la AFP, de suerte que ordenar esa indexación se le está imponiendo una doble condena en su contra por el mismo concepto.

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo que la decisión del A quo conlleva la afectación del patrimonio del administrador del RPM, pues si bien existe un criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que cada caso debe ser analizado de manera particular, y es por ello que, la demandante no puede ser exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de traslado, de conformidad con el Decreto 2241 de 2010, en el que se establecen las obligaciones de la demandante en el Sistema General de Pensiones. Dijo que la actora tampoco se encuentra disminuida para celebrar actos y contratos, por manera que fue negligente en su decisión, amén que no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos la afiliación, como lo son el retracto y la rescisión contenidos en los formularios de afiliación. Señaló que conforme a la sentencia C 242 de 2009, ha de considerarse la sostenibilidad financiera del sistema, que constituye principio constitucional por virtud del artículo 48 de la CP.

Advirtió que el eventual pago de la pensión de la accionante, se llevaría a cabo sin considerar que esta hizo su ahorro de manera individual, sin financiar las pensiones del RPM, a más que ese ahorro no será suficiente para reconocer tal prestación, de suerte que con la declaración de ineficacia de traslado se están vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, todo ello teniendo en cuenta la sentencia C1024 de 2004 y SU062 de 2010.

Sobre la condena en costas dijo que la entidad no intervino en la decisión del traslado que efectuó la hoy convocante del RPM al RAIS y tampoco es la causante de que hoy se declare la ineficacia de traslado, es decir, Colpensiones es un convidado por obligación, que si bien se ha opuesto a las pretensiones, ello lo ha

sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes, de las cuales no puede apartarse, dada la calidad de la entidad, además existe jurisprudencia que ha exonerado a Colpensiones de la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por EGMA LUZ MARTA GAVIRIA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (Página 87 archivo 04 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, posteriormente, ante **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (Página 48 archivo 06 del ED) y finalmente, ante **PORVENIR S.A.** (Página 88 archivo 04 del ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando

las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscrito por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por la parte demandada, pues la activa fue clara al indicar que ella trabajaba para Dineros, compañía que era propietaria de Horizonte, por tanto debió afiliarse a dicha AFP sin recibir mayor información, pues solo le indicaron que iba a tener una cuenta de ahorro, que se iba pensionar a los 57 años, que si quería mejorar el valor de la pensión debía cotizar hasta los 60 años y que se podía retirar a cualquier momento. Dijo que se trasladó a Colmena porque Horizonte decayó, entonces el Banco donde trabajaba le ofreció afiliarse a Colmena. Agregó que no le hablaron sobre los rendimientos financieros, ni de aportes voluntarios y tampoco le indicaron los requisitos para acceder a la pensión de vejez (Min. 20:56 a 38:23 archivo 14 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobraron las AFP durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

En este punto conviene anotar que PROTECCIÓN únicamente está llamada a cumplir la orden de remitir a Colpensiones los rendimientos financieros, en caso de tener en su poder rubros por tal concepto, pues si bien, a página 41 archivo 06 del ED dicha sociedad certifica el traslado de aportes de la actora con destino a Porvenir, lo cierto es que allí no se indica que la cuenta se encuentre en ceros.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP PORVENIR, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por las AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En

ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en el evento de que la demanda prospere parcialmente, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fue vencida en juicio, lo que implica que la entidad asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

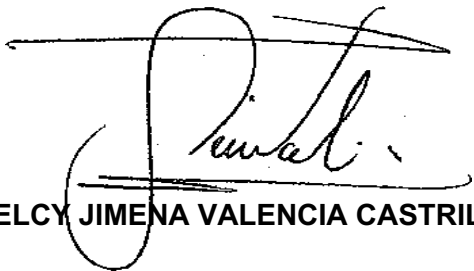
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2022-00285-01
DEMANDANTE:	DORIS JORGE MORENO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 29 de noviembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 29 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DORIS JORGE MORENO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con radicado No. 11001-31-05-007-2022-00285-01.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por incumplimiento en el deber legal de información, e igualmente, que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de sus aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión a través del RPM, además que, realizó su traslado a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 1º de septiembre de 1.995. Que el 25 de julio de 2001, se vinculó a la AFP Porvenir S.A. y el 1º de junio de 2005, se afilió a la AFP Colfondos S.A. Que la AFP Porvenir S.A. no le informó cuáles eran las ventajas y desventajas del RAIS ni del RPM; tampoco le informó que su pensión en el RAIS estaría sujeta a sus aportes y al manejo financiero que efectuara el fondo de los mismos, a su proyección de vida probable y la de sus beneficiarios, entre otros factores, menos aún que de sus aportes a pensión se haría un descuento por parte del fondo de pensiones correspondiente a cuotas de administración. Que por su parte la AFP Colfondos S.A. tampoco desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle

¹ Páginas 1 a 12 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM. Que solicitó ante las demandadas la ineficacia de la afiliación al RAIS y la activación de su vinculación ante Colpensiones, sin embargo esta última entidad y Porvenir S.A. se negaron a ello, mientras que la AFP Colfondos S.A. no emitió respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A.²

La AFP demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.³

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del

² Páginas 5 a 23 Archivo 08 del expediente digital.

³ Páginas 3 a 44 Archivo 10 del expediente digital.

expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para que proceda el traslado en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación de artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.⁴

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Añadió que la actora suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado de régimen con Porvenir S.A., toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente.

⁴ Páginas 2 a 37 Archivo 09 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS a través de Colpatria hoy Porvenir S.A. el 1º de septiembre de 1995, así como los traslados horizontales efectuados de Horizonte a Porvenir S.A. el 25 de julio de 2001 y de Porvenir S.A. a Colfondos S.A. el 20 de junio de 2005; condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del RPM y así mismo, actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó la Juez *a quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las

circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que no es procedente la devolución de conceptos que se encuentran por fuera de la cuenta de ahorro individual del afiliado, pues la actora al trasladarse a Colfondos S.A. generó la remisión de todos los aportes que tenía en su propia cuenta, de la cual no hacen parte los gastos de administración, comisiones ni las primas de seguros previsionales, toda vez que su descuento tienen sustento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, aunado a que mes a mes se contrataron los seguros previsionales con las aseguradoras para cubrir las pensiones de sobrevivencia e invalidez, por lo que fueron pagos realizados a terceros, acotando que la AFP no se encuentra en la obligación de regresar dichos dineros porque la cobertura aún se encuentra vigente. Agregó que los gastos de administración y comisiones son los causantes de la rentabilidad de los aportes de la convocante, que en su momento fueron remitidos a su administradora actual.

Señaló que sobre los descuentos destinados al fondo de garantía de pensión mínima es el Estado el que dispone de dichos recursos, en los casos en los que efectivamente los requiera el afiliado para su reclamación; además dijo que durante la permanencia de la actora a la AFP Porvenir, se generaron a su favor unos rendimientos financieros que nunca se hubiesen originado en el régimen público, por lo que no es procedente la indexación de la sumas ordenadas por el Juzgado de Conocimiento, dado que las mismas no sufrieron los efectos de la devaluación, de suerte que el retorno de los gastos de administración y comisiones actualizadas generan un pago de lo no debido.

Finalmente, solicitó la revocatoria de la condena en costas impartida en su contra, toda vez que se encuentra en una imposibilidad legal para aceptar el traslado de régimen pensional de la convocante, a más que esta ya no está actualmente afiliada a la AFP, de suerte que desde su contestación de la demanda ejerció su legítimo derecho a la defensa.

La demandada **COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación argumentando que la demandante ejerció su derecho de elección de régimen conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su decisión, por ende, el traslado se efectuó con su plena voluntad y de conformidad con las disposiciones legales vigentes en aquel momento. Refirió igualmente, que el personal de la AFP suministró a la demandante la información necesaria para el traslado, además, esta tuvo la posibilidad de estudiar las normas legales relacionadas con la seguridad social, así como de buscar asesoramiento, si así lo consideraba necesario, y es por ello que, no puede excusarse en el desconocimiento de la normatividad, para pretender que se anule una obligación por error, menos aún cuando solo se preocupó por su futuro pensional cuando ya se encontraba en la prohibición legal para trasladarse.

Adujo que su elección quedó plasmada de forma explícita e inequívoca en su formulario de afiliación, siendo ratificada con su firma, quien además aceptó su capacidad para leer en su interrogatorio de parte. Agregó que a la data del traslado aún no había entrado en vigor la Ley 1758 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por manera que no existía una obligación por parte de los fondos de pensión de hacer proyecciones, acotando que los cambios legislativos y jurisprudenciales no podían ser anticipados con certeza, lo que respalda la imprevisibilidad de los fondos de pensiones para advertir esas modificaciones.

Adujo que la administración de un portafolio de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, implica la acumulación de aportes y la capitalización del ahorro con el fin de garantizar una pensión, es por ello que pasado el período

de cotización del afiliado, la mesada pensional se compondrá de los aportes que acumula el afiliado y los rendimientos que se obtienen, conforme al manejo que Colfondos le dio a esos recursos, lo que justifica la comisión de administración, que no es nada diferente al pago de la gestión de inversión y costos generados por el manejo de los ahorros del afiliado, que es cobrada tanto en el RAIS como en el RPM; por tanto, una decisión de ineficacia taxativa y coherente, conlleva el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, con la entrega del capital aportado durante el tiempo en que el afiliado estuvo en Colfondos S.A. y una mera actualización de sus rendimientos.

Acotó que es errado el argumento según el cual el efecto de la nulidad, es la sanción y devolución de la comisión de administración a Colpensiones debido a que conforme al Decreto 692 de 1994 en su artículo 36, integrado mediante el artículo 2.2.3.1.5 del Decreto 1833 de 2016, en el RPM también se hubiere generado ese gasto. Aunado a ello, sostuvo que la CSJ ha mencionado respecto de la devolución de la comisión *“Esa declaración no obliga a las entidades del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, esos recursos han debido ingresar al RPM administrado por pensiones, afirmación que dista de la realidad, debido a que los gastos de administración no ingresan al régimen, ingresan a la administradora como pago de la gestión de administración y costos en que se incurre. Lo anterior debido a que Colpensiones es una administradora del RPM, no es el RPM, tal y como reza la Ley 1151 2007, artículo 155, mediante la cual se crea la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto es la administración estatal del RPM y de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005”*.

En ese orden, refirió que si la nulidad o ineficacia trae consigo las cosas al estado anterior como si nunca se hubiese trasladado del RPM, no debería tomarse lo mejor del RAIS, debido a que son regímenes pensionales excluyentes y, en consecuencia, indivisibles, de suerte que trasladar a Colpensiones lo que más conviene, que en este caso son los rendimientos vulnera el principio de indivisibilidad de la norma. Agregó que un cambio de

posición jurisprudencial sobre este punto, en ningún caso afecta a la accionante en su capital y no iría en contravía de la *ratio decidendi* de la línea jurisprudencial de la CSJ.

Dijo sobre los seguros previsionales que estos tienen por objeto garantizar a quien cotiza, la financiación de la pensión en caso de invalidez o muerte con el cumplimiento de los requisitos, de esta manera, al no haberse discutido jamás el contrato de seguro, no es mediante este proceso que se debe obtener la devolución de la prima de los seguros, debidamente ejecutada, pues ello corresponde a otra jurisdicción, pretensiones y hechos; a ello se suma que, la misma CSJ estableció que la ineficacia no puede tener como efecto reversar actos y contratos con las aseguradoras que ya fueron consumados, resaltando además que la devolución de dichas sumas, al igual que de los gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un detrimento del patrimonio de Colfondos, que a su vez repercute en la sostenibilidad financiera del Sistema.

Finalmente, adujo que la AFP obró bajo la absoluta convicción de que la demandante estaba debidamente vinculada, a más que no podía negarse a recibirla, tal y como lo dispone el artículo 112 de la Ley 100 de 1.993, por lo que no es procedente imponer condena en costas en su contra.

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado, para lo cual argumentó que conforme al artículo 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen; asimismo, dijo que en diversas sentencias emanadas del Tribunal Superior, entre ellas la sentencia del 10 de octubre de 2017, con Ponencia del Magistrado Carlos Andrés Vargas, dentro del proceso 19 2015 00915, frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos, indicó que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan, pues de ninguna manera puede imponerse la carga a la entidad de acreditar que no actuó con dolo, de conformidad con el artículo en mención, postura que se ratificó en la sentencia con radicado 07 2015 0822 del 25 de octubre de 2017, con ponencia del Magistrado Manuel Eduardo Serrano Vaquero. Dijo que resulta

desproporcionado imponer la carga de la prueba en las demandadas, en especial en Colpensiones, toda vez que en los casos en que se ha declarado la nulidad es la entidad más afectada, máxime cuando la afiliación se dio en el año 1.995, es decir, han transcurrido más de 29 años desde la data del traslado, lo cual genera una imposibilidad de probar las circunstancias que rodearon la suscripción del formulario, en tanto no era obligatorio dejar un registro documental de tal acto. Concluyó advirtiendo que no debe imponerse condena en costas de segunda instancia, pues ello podría generar un detrimento patrimonial a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por DORIS JORGE MORENO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluidas las costas procesales impuestas a las AFP demandadas.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas

en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicales 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*,

tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** (página 80 archivo 01 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante la **AFP PORVENIR S.A.** (página 81 Archivo 01 del ED) y la **AFP COLFONDOS S.A.** (página 42 Archivo 01 del ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las

posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara en referir que comenzó a laborar para una nueva empresa y que allí la encargada de recursos humanos gestionó la visita de unos asesores de los fondos privados, quienes al comparecer en una reunión de varias personas, les explicaron los beneficios del nuevo régimen de pensiones, esto es, que se podían pensionar a cualquier edad, que las semanas cotizadas al ISS no se iban a perder y que si fallecían, los derechos se transmitían a sus beneficiarios. Que no hizo preguntas al asesor porque en esa época se decía que el ISS estaba en crisis. Que todos los traslados entre administradoras de pensiones los realizó cada vez que cambió de trabajo (Min. 10:42 – 29:40 archivo de audio y video 22 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró cada AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus

propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como así se aduce en la alzada, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales

pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía

prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. manifiestan en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en el evento de que la demanda prospere parcialmente, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión de la Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de las AFP convocadas durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fueron vencidas en juicio, lo que implica que las entidades asuman la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-007-2022-00023-01
DEMANDANTE:	NUBIA ESPERANZA ACOSTA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 22 de noviembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 22 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NUBIA ESPERANZA ACOSTA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-007-2022-00023-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, realizada el 19 de diciembre de 1994 a través de la AFP Porvenir S.A., al igual que su afiliación realizada al RPM administrado por Colpensiones es válida y vigente; como consecuencia de ello, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos indexados, frutos e intereses, los valores correspondientes a gastos de administración, como aportes o semanas de cotización, con destino a Colpensiones; se ordene a la AFP Porvenir S.A. a pagar a Colpensiones la diferencia que pudiere llegarse a dar entre aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el RPM; ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado de los aportes provenientes de la AFP y a su vez, computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM; se reconozcan todos aquellos derechos que hayan sido discutidos y probados bajo las facultades *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de junio de 1965. Que al iniciar su vida laboral se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través del RPM administrado por el otrora ISS, realizando su primer aporte el 4 de enero de 1.990. Que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 19 de septiembre de 1994 y efectuó su primer aporte en el mes de octubre de símil año. Que a la data del traslado no recibió información suficiente, comprensible y transparente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que solicitó a Colpensiones dejar sin efectos el traslado al RAIS, sin embargo, dicha entidad emitió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado de la convocante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada

¹ Páginas 1 a 15 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 2 a 25 Archivo 07 Expediente Digital

sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N° 254967 – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentra conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

³ Páginas 3 a 37 Archivo 08 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 22 de noviembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el 19 de septiembre de 1994 y a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 25 de enero de 2001; ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al RPM por Colpensiones; ordenó a Porvenir 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, lo cual deberá cumplirse en el término de 30 días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debiendo 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 prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM a la demandante desde su afiliación inicial al ISS; declaró como no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y condenó en costas a la AFP Porvenir y Colpensiones.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el Juzgado de Conocimiento al emitir su decisión no tuvo

en consideración que para la fecha del traslado la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea libre y expresa del afiliado, lo cual se manifestaba con la suscripción del formulario de afiliación, además para tal data no existían la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, con los que nace la obligación de las AFP de efectuar una doble asesoría a sus afiliados, por manera que el cumplimiento del deber de información y la asesoría brindada debe valorarse a la luz de las normas vigentes para la época.

Señaló que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de la materialización del traslado, pues tal exigencia transgrede el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad de interponer recursos, pues el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, entidad que sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, lo que denota que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, esto es, que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico del traslado.

Acotó que el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 29 años por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema previstos en el artículo 48 de la CP adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005. Añadió que conforme al artículo 2º de la Ley 100 de 1993, existe una prohibición expresa relativa a que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, siendo el principal propósito del legislador al establecer esta prohibición, proteger el fondo común que Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio financiero del Sistema, máxime que los recursos que recibe Colpensiones provenientes del RAIS no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, lo que se sustenta en la sentencia C-1024 de 2004, reiterada en la sentencia C-062 de 2010.

Finalmente, dijo que Colpensiones es un tercero en el asunto y ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, amén que a no intervino en la decisión de la demandante de trasladarse de régimen, la cual fue autónoma libre y voluntaria, por lo que no puede cargarse impositivamente a la entidad con una condena en costas.

La demandada **PORVENIR** formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto que, la demandante adelantó su afiliación al RAIS entregando el formulario de afiliación allegado de parte del empleador, por lo que resulta relevante traer a colación lo expresado por el Tribunal Superior de Bogotá, al manifestar que ante las circunstancias donde el empleador es el que presenta la novedad de afiliación no hay lugar a declarar una ineficacia de traslado bajo los parámetros de la jurisprudencia de la CSJ, en tanto Porvenir no fue la entidad encargada de tramitar el traslado de régimen, destacando que esa postura fue asumida por la Corporación en el proceso 38 2020 265 del MP Hugo Alexander Ríos Garay, de tal manera que no se puede reprochar la conducta de la AFP que no estuvo presente a la fecha de efectuarse el traslado al RAIS, menos aun cuando la demandante tenía la posibilidad de acceder a los canales de información de la AFP o de retractarse de su vinculación al RAIS.

Dijo que la actora rarificó su afiliación con su traslado hacia Horizonte S.A. en el año 2001, permaneciendo en el RAIS, en donde obtuvo unos rendimientos considerables y superiores a los mínimos exigidos en la normatividad, lo cual no puede pasarse por alto, porque la afiliación de la demandante se encuentra cobijada por los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Acotó que no es procedente la devolución de los rubros indicados por el Despacho, por cuanto el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, es claro en referir que los dineros a retronar son los aportes y rendimientos, sin que se puedan incluir los gastos de administración, en la medida que estos se descuentan en cumplimiento del artículo 20 de la normatividad *ejusdem*, además, no tienen la finalidad de financiar una mesada pensional, ya que con tales dineros se busca la debida administración de los recursos de la actora que tajo consigo una serie de rendimientos a su favor, por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

Sobre los seguros previsionales, anotó que se trata de una obligación de tracto sucesivo que imposibilita su devolución, menos aún a cargo de la AFP Porvenir S.A., toda vez que la actora fue beneficiaria de su utilidad, al estar cubierta frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante todo el tiempo de vigencia de la vinculación al RAIS.

Finalmente, adujo que los rendimientos financieros han superado con creces cualquier devaluación económica del capital de la demandante, por lo que la condena de la indexación resulta ser una doble condena en contra de Porvenir S.A., lo cual ya fue definido por el Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del proceso 02 2021 111 demandante Eliza León Poveda, resaltando que en todo caso, los dineros a devolver dada su naturaleza están sujetos a la excepción de prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NUBIA ESPERANZA ACOSTA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluidas las costas de primer grado impuestas contra COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora**

tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del**

artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP **PORVENIR S.A.** (página 75 Archivo 07 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y posteriormente, ante la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 76 archivo 07 del ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por la AFP demandada, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los Fondos Privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber

de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues fue claro en referir que cuando trabajaba en la empresa Elver Beltrán y Compañía Ltda., la encargada de contabilidad le entregó el formulario de la AFP Porvenir S.A. para que lo firmara y no se le dijo nada adicional, acotando que no tuvo contacto alguno con un asesor de la mentada AFP (Min. 10:19 – 28:00 archivo de audio y video 17 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia de la actora en dicho régimen, sin que sea dable dar aplicación a la tesis expuesta por la AFP Porvenir S.A., relativa a que no debe asumir ninguna responsabilidad porque el traslado se surtió por parte del empleador, pues dicha sociedad debió verificar que tal acto tuvo lugar con el cumplimiento de los requisitos legales, entre ellos, la debida asesoría por parte de la AFP ante la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de l demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (….)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y, que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la Administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por las AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando

prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.”

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en el evento de que la demanda prospere parcialmente, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión de la Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de la demandada durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que la entidad asuma la carga económica antes aludida.

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-008-2021-00154-01
DEMANDANTE:	JULIO HERNÁN GONZÁLEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 9 de noviembre 2023
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 9 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JULIO HERNÁN GONZÁLEZ GONZÁLEZ** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-018-2021-00357-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES incluidos rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que nació el 23 de septiembre de 1963, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de mayo de 1995 al 31 de marzo de 1997. Que el 22 de julio de 1999 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, afiliación a Protección S.A. que se dio con omisión del deber de información, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que elevó petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el

¹ Fs. 1-14 Archivo 005 Expediente Digital

² Fs. 2-34 Archivo 025 Expediente Digital

derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que la información fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó al demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación. Insistió, que el traslado efectuado en el año 1999, fue producto de una decisión libre e informada, luego de que recibiera información de manera clara, precisa y veraz.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adujo, que las administradoras privadas dieron cumplimiento a lo establecido Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa, prescripción y caducidad declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

COLFONDOS⁴

La Administradora de igual forma se opuso a todas las pretensiones bajo el argumento que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de

³ Fs. 2-28 Archivo 18 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-120 Archivo 11 Expediente Digital

Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago.

SKANDIA⁵

La Administradora con frontal oposición a las pretensiones, argumentó que el actor estuvo afiliado a SKANDIA S.A. en dos ocasiones desde el 1 de agosto de 2007 hasta el 29 de febrero de 2008 y desde el 30 de octubre de 2008 efectiva a partir del 1 de diciembre de 2008 hasta el 31 de julio de 2009. Aclaró, que el acto de afiliación del actor fue libre y voluntaria, la cual está sujeta a un acuerdo de voluntades y se debe regir por el artículo 1494 y 1495 del Código Civil.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe, y genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁶

⁵ Fs. 2-120 Archivo 21 Expediente Digital

⁶ Fs. 2-34 Archivo 31 Expediente Digital

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que no existió un vicio del consentimiento del demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a COLMENA y PROTECCIÓN, ya que el mismo suscribió válidamente su formulario de traslado al fondo de pensiones obligatorias que administra mi mandante, pues su decisión estuvo siempre exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales de COLMENA y PROTECCIÓN, debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS, de manera que pudiera tomar una decisión libre, espontánea e informada. Agregó, que el demandante recibió tal información en sus sucesivas afiliaciones en el RAIS con Porvenir, el día 4 de agosto de 2000, 24 de abril de 2002 con Colfondos, 12 de junio de 2003 con Horizonte, 26 de septiembre de 2005 con COLFONDOS, el 31 de marzo de 2006 con SANTANDER, 28 de junio de 2007 con Skandia y 11 de enero de 2008 con ING.

Propone como excepciones de fondo: validez de la afiliación a COLMENA y PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de noviembre de 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen del señor JULIO HERNÁN GONZÁLEZ GONZÁLEZ, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 22 de julio de 1999, mediante su afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor JULIO HERNÁN GONZÁLEZ GONZÁLEZ, conforme a lo señalado. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN, SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JULIO HERNÁN GONZÁLEZ GONZÁLEZ, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN, SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS que reposaban

en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora" (Sic).

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante de las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, inconforme con la totalidad de la sentencia, señaló que al demandante se le brindó suficiente información acerca del RAIS y las consecuencias de su traslado, que permaneció en dicho régimen por más de veinte años, lo que significa que pudo devolverse en cualquier tiempo antes de la prohibición de los diez años. Indicó, que la carga probatoria de demostrar esa falta de información recae en la parte actora y solamente se invertirá esa carga cuando se haya vulnerado alguna expectativa legítima al momento de efectuar su traslado al RAIS. Así mismo, que la acción de nulidad del acto de afiliación se encuentra prescrito conforme a las leyes civiles.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación frente a la orden de indexación de los gastos de administración y demás emolumentos, pues dichas sumas no se vieron afectadas por el fenómeno de la inflación y siguieron generando rendimientos. Lo que significa que con la orden de la indexación se incrementa el patrimonio de Colpensiones sin justa causa.

La administradora **SKANDIA S.A.** apeló el ordinal tercero de la sentencia en lo concerniente a la orden de devolución de gastos de administración y demás rendimientos. Adujo, que no es viable la devolución de unos aportes que no estaban destinados a la financiación de la pensión de vejez, sino se trata de una retribución por su buena gestión en la cuenta de ahorro individual.

La demandada **COLFONDOS S.A.** recurrió de igual forma la sentencia, aduciendo que no existió ningún tipo de vicio en el consentimiento libre y voluntario del demandante en trasladarse a COLFONDOS S.A., además que tuvo la oportunidad de asesorarse e indagar acerca de las características del RAIS. Adujo, que solo se preocupó de su futuro pensional en el momento en que se encontraba dentro de la prohibición de los diez años establecida en la Ley 100 de 1993. También, indica que debe revocarse la orden de devolución de gastos de administración pues se tratan de emolumentos que no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez, tal como ocurre en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JULIO HERNÁN GONZÁLEZ GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por las Administradoras de fondo de pensiones privadas PROTECCION, SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de

información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso,**

a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

(Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A, SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el

deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, la solicitud de vinculación a **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.** de fecha 22 de julio de 1997 con fecha de efectividad a partir del 1 de septiembre de 1997, luego se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 1 de abril de 2000 con fecha de efectividad a partir del 30 de septiembre del mismo año, posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 1 de octubre del 2000 con fecha de efectividad del 31 de mayo del año 2002, luego efectuó traslado horizontal a COLFONDOS el 24 de abril del 2002 con fecha de efectividad a partir del 31 de julio del año 2003, pronto retornó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 12 de junio de 2003 con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto de 2003, seguidamente se trasladó nuevamente a COLFONDOS S.A. el 26 de septiembre de 2005 con fecha de efectividad a partir del 1 de noviembre del mismo año, luego retornó a PROTECCIÓN S.A. el 31 de marzo de 2006 con fecha de efectividad del 31 de mayo del 2006, para luego trasladarse a SKANDIA el 28 de junio de 2007 con fecha de efectividad del 1 de agosto de 2009, para finalmente retornar a ING hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 1 de marzo de 2008 hasta la fecha (pág. 38 Archivo 031 ED), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, de lo cual no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, no existía la obligación para estas

entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a **SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS**. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en indicar que inició cotización en el Régimen de Prima Media desde el año 1995 hasta 1997, tiempo en que laboró para el extinto ISS, posteriormente se trasladó al RAIS porque fue abordado por asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en una reunión individual pero corta para que se trasladará al RAIS porque el Instituto de Seguro Social se iba acabar y con ello desaparecían sus aportes, reunión que se llevó a cabo en la Gobernación de Cundinamarca. Que se trató de una asesoría muy corta, donde no le indicaron las características del régimen, el derecho al retractor, las supuestas ventajas que tendría al cambiarse de régimen, ni tampoco la edad para pensión. Agregó, que no le explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni como financiaba la pensión y que la misma dependía de múltiples factores adicionales a la edad y tiempo.

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera,

como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del RPM y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se adicionará la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo de los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

En efecto, no le asiste razón a las AFP' s privadas recurrentes en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la Sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*”.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones

económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos. En lo demás se mantendrá incólume la sentencia primigenia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ORDINAL TERCERO de la sentencia del 9 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que **SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S. A.**, deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas descontadas por las Administradoras de Fondo de Pensiones que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**,

SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-008-2021-00307-01
DEMANDANTE:	JESÚS RICARDO ACOSTA VESGA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 21 de noviembre 2023
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA.

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, frente a la sentencia del 21 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JESÚS RICARDO ACOSTA VESGA** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-008-2021-00307-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

¹ Fs. 1-14 Archivo 005 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a COLFONDOS S.A a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES incluidos rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que inicialmente se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES, luego para el mes de septiembre de 1994 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., trasladó que se efectuó con omisión del deber de información, que no recibió al momento del traslado de régimen la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Adujo, que de haber continuado afiliado al RPM conservaría la expectativa de una mesada pensional considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS. Que elevó petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que la información fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó al

² Fs. 2-34 Archivo 024 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación. Insistió, que el traslado efectuado en el año 2000, fue producto de una decisión libre e informada, luego de que recibiera información de manera clara, precisa y veraz.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adujo, que las administradoras privadas dieron cumplimiento a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

COLFONDOS⁴

La Administradora de igual forma se opuso a todas las pretensiones bajo el argumento que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación

³ Fs. 2-28 Archivo 07 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-104 Archivo 08 Expediente Digital

y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PROTECCIÓN S.A.⁵

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que el acto de afiliación es válido y exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Argumentó, que el formulario de afiliación suscrito por el demandante en el año 1999 se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 21 de noviembre de 2023, resolvió lo siguiente:

⁵ Fs. 2-34 Archivo 23 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

“**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen del señor JESÚS RICARDO ACOSTA VESGA, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 8 de septiembre de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor JESÚS RICARDO ACOSTA VESGA, conforme a lo señalado. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JESÚS RICARDO ACOSTA VESGA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES** a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCION que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora” (Sic).

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante de las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación en contra de la integralidad de la sentencia. Argumentó, que los traslados horizontales efectuados por el actor dentro del RAIS permiten deducir que conocía la forma en que se financiaba la prestación de vejez y las diferencias entre cada régimen. También, apeló la orden de devolución de los gastos de administración, pues aduce que dicho porcentaje de cotización no estaba destinado a la financiación de la pensión, sino predestinado al pago de uno seguros previsionales contratados por la Administradora de Fondo de Pensiones. Por último, que se revoque la condena impartida por la *A quo*.

La demandada **COLFONDOS S.A.** recurrió de igual forma la sentencia, aduciendo que no existió ningún tipo de vicio en el consentimiento libre y voluntario del demandante en trasladarse a COLFONDOS S.A., además que tuvo la oportunidad de asesorarse e indagar acerca de las características del RAIS. Adujo, que solo se preocupó de su futuro personal en el momento en que se encontraba dentro de la prohibición de los diez años establecida en la Ley 100 de 1993. Agregó, que para la fecha de traslado no era necesario que la AFP privada documentara las asesorías brindadas por el demandante, siendo válido únicamente la suscripción del formulario de afiliación. También, indica que debe revocarse la orden de devolución de gastos de administración, pues se tratan de emolumentos que no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez, tal como ocurre en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JESÚS RICARDO ACOSTA VESGA al régimen de ahorro individual administrado por las Administradoras de fondo de pensiones privadas PROTECCION, PORVENIR y COLFONDOS junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas a la demandada PORVENIR S.A.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora**

tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del**

CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...) (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, la solicitud de vinculación a **COLFONDOS S.A.** de fecha 7 de septiembre de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1 de octubre de 1994, luego se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de febrero de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1 de abril del mismo año, posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 31 de enero de 2000 con fecha de efectividad del 1 de marzo del año 2000, luego retornó a COLFONDOS el 1 de octubre de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1 de diciembre de 2001 hasta la fecha (pág. 101 Archivo 009 ED), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** de los cuales no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el

cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a **PORVENIR y COLFONDOS**. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en indicar que inició cotización en el Régimen de Prima Media desde el 9 de agosto de 1978 hasta 1997, tiempo en que laboró para el Banco Popular y la Universidad Gran Colombia, posteriormente se trasladó al RAIS porque fue abordado por asesores de COLFONDOS S.A. en una reunión individual pero corta para que se trasladará al RAIS porque el Instituto de Seguro Social se iba acabar y con ello desaparecían sus aportes, reunión que se llevó a cabo en la sede de la Universidad. Que se trató de una asesoría muy corta, donde no le indicaron las características del régimen, el derecho al retractor, las supuestas ventajas que tendría al cambiarse de régimen, ni tampoco la edad para pensión. Agregó, que no le explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni como financiaba la pensión y que la misma dependía de múltiples factores adicionales a la edad y tiempo.

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017,

SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…).”

Conforme con lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del RPM y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se adicionará la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo de los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

En efecto, no le asiste razón a las AFP's privadas recurrentes en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va

acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*”.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el

derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de PORVENIR S.A. relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de ésta entidad durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en el recurso de apelación y en las demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a PORVENIR S.A. de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos. En lo demás se mantendrá incólume la sentencia primigenia. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

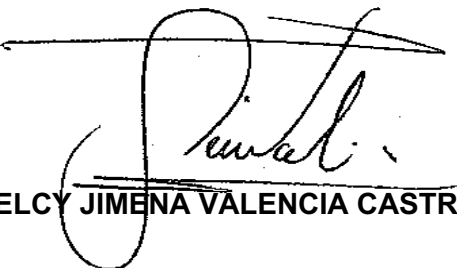
PRIMERO: ADICIONAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia del 21 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral Laboral del

Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S. A.**, deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas descontadas por las Administradoras de Fondo de Pensiones que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-009-2019-00762-02
DEMANDANTE:	NIDIA CONSTANZA GONZÁLEZ TILAGUY.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 13 de septiembre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
-DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la DEMANDANTE, COLFONDOS S.A. y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 13 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NIDIA CONSTANZA GONZÁLEZ TILAGUY** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. , COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-009-2019-00762-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las ventajas y desventajas de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos y gastos de administración, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 18 de abril de 1963 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 1981 hasta el 31 de marzo de 1995. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a COLFONDOS S.A. a partir de mayo de 1995. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión en el RAIS. Que los asesores de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de traslado no le elaboró una proyección real de la pensión en cada uno de los regímenes. Que la última AFP en la que se encuentra afiliada le realizó una simulación pensional con una mesada pensional para el año 2023 de \$3.313.576, muy inferior a lo que devengaría en el RPM, pues obtendría una suma de \$5.548.747. Por último, que solicitó a COLPENSIONES la nulidad de traslado del RPM al RAIS y se declare su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 0-1- 15 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente existe una ratificación tácita de que trata el artículo 1754 del Código Civil y perfeccionamiento del acto jurídico de traslado, pues la demandante de forma libre, espontánea e informada aceptó las condiciones del RAIS. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al RPMPD y las semanas cotizadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollada en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.³ con frontal oposición a las pretensiones adujo que, la afiliación de la demandante al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que dicho acto se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la actora y PROTECCIÓN S.A.

Formuló las excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la rima del seguro previsional cuando se declara la

² archivo 02 del ED.

³ archivo 02 del ED.

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, genérica y traslado de aportes.

COLFONDOS S.A.⁴

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional previsto en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica y ausencia de vicios del consentimiento.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de septiembre del 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante Nidia Constanza González Tilaguy, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Colfondos S.A., el 26 de octubre de 1995. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de

⁴ . Folios 01-113 archivo 15 del ED.

Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado. **CUARTO: CONDENAR** a Colpensiones a recibir de Protección y Colfondos, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas. (..).

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración del consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. a través de apoderada judicial atacó parcialmente el fallo de primera instancia. Adujo que debe revocarse la orden de indexación de devolución de gastos de administración, sumas adicionales de la

aseguradora, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, toda vez, que con el traslado de los rendimientos se compensa la devaluación de los dineros de la afiliada. También, agregó que dichos emolumentos no están destinados a financiar la pensión de vejez de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES por su parte, indicó que actuó conforme a derecho y se trata de un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del RPM al RAIS. También, señaló que la actora no logró demostrar que existió vicios del consentimiento como dolo, error o fuerza para la fecha de afiliación al RAIS, esto es, en el mes de febrero de 1998 y de igual forma que la actora se encuentra dentro de la prohibición de los diez años para traslado entre regímenes según lo instruido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789-2002.

DEMANDANTE. Formuló recurso de apelación de forma parcial, en cuanto a la no condena en costas de COLPENSIONES y PROTECCIÓN bajo el argumento que dichas entidades presentaron oposición a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la

Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por EMI YADIRA RUIZ VARGAS al régimen de ahorro individual administrado por la administradora PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus

ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicales 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que la demandante firmó la solicitud de vinculación al RAIS mediante la A.F.P. COLFONDOS el 26 de octubre de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1 de noviembre de 1995, luego se trasladó a PROTECCIÓN el 15 de septiembre de 2010 con fecha de efectividad a partir del 1 de noviembre de 2010, para finalmente retornar a COLFONDOS el 1 de

marzo de 2015 hasta la fecha (pág.112 archivo 12 del expediente digital), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, sin que se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha

en que se trasladó de régimen al RAIS a través de COLFONDOS S.A. en el año de 1995, laboraba para la empresa CAFAM siendo abordada por un asesor de forma individual en el puesto de trabajo con una duración aproximada de quince minutos, que el asesor llegaba con los datos ya suscritos en el formulario de afiliación y solo faltaba era la rúbrica para el traslado. Adujo, que nunca recibió información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Alegó, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes voluntarios para incrementar su mesada pensional. Señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se adicionará la decisión de la *A quo* en cuanto ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad

financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL 1363 DE 2022).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación en ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, sumas descontadas por la AFP

que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS

Finalmente, frente a los argumentos de la parte actora relativos a que se condene en costas de primera instancia a las administradoras COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, considera la Sala que le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de éstas entidades durante el curso del litigio, se advierte que las mismas presentaron oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, formularon excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró COLPENSIONES en el recurso de apelación y demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta procedente condenar a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. en costas de primera instancia. En consecuencia, se adiciona el ordinal sexto de la parte resolutive para hacer extensiva la condena en costas a las administradoras atrás descritas, de conformidad a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P.

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 13 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que **PROTECCIÓN S.A.** deberá trasladar a **COLPENSIONES** los valores correspondientes por aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia durante los periodos en que estuvo afiliada **NIDIA CONSTANZA GONZÁLEZ TILAGUY identificada con C.C. 51.679.177**, y que al momento de cumplirse la orden de traslado o la devolución de los mismos deben estar debidamente indexados y con cargos a sus propios

recursos, concepto que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

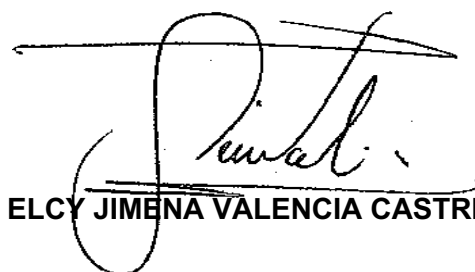
SEGUNDO: ADICIONAR EL ORDINAL SEXTO de la sentencia en el sentido de CONDENAR en COSTAS de primera instancia a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-009-2022-00037-01
DEMANDANTE:	MARUJA IRAGORRI HORMAZA
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 4 de octubre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Perjuicios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentando por la demandante contra la sentencia del 4 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARUJA IRAGORRI HORMAZA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-009-2022-00037-01**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare a Protección S.A patrimonialmente responsable por violación de los reglamentos y garantías

¹ Páginas 1 a 101 Archivo 01 Expediente Digital

legales y constitucionales, ocasionados a la actora por el traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia de lo anterior se ordene al pago al pago de la indemnización plena, total de perjuicios derivados del incumplimiento en lo deberes de información y buen consejo al momento de su traslado de régimen pensional, al pago del monto de la pensión de vejez que hubiera recibido la señora Irigorri Hormaza en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con las medadas adeudadas, al pago de intereses moratorios, junto con las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al otrora ISS, desde el 1 de junio de 1973, que antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, contaba con 347 semanas para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Indicó, que el 24 de noviembre de 1994 se trasladó a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. Que la AFP demandada no le suministró ningún tipo de información respecto de las incidencias del traslado, ni tampoco le brindó asesoría adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía el mismo. Que la AFP PROTECCION han causado un grave perjuicio, ya que con el traslado de régimen efectuado en principio perdió el derecho a una cuantía de la mesada pensional más alta a la que reconocería el fondo privado. Señaló, que la AFP privada reconoció la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado a la demandante, efectiva desde el 29 de marzo de 2011, correspondiéndole una mesada pensional a la fecha de presentación de la demanda de \$3.340.816, sin embargo, de continuar en el régimen de prima media administrado por Colpensiones su mesada ascendería a \$6.903.628.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que no existe fundamento fáctico que determine la responsabilidad del año que aduce la demandante que padeció, pues desde su afiliación y durante su permanencia, ha cumplido de manera rigurosa con lo dispuesto en las normas vigentes, sumado a que, tramitó y reconoció de manera oportuna la pensión de vejez solicitada, la cual disfruta a partir del mes de marzo de 2011.

Dijo que no ha desconocido de ningún derecho fundamental, especialmente el de la seguridad social, como quiera que desde hace once (11) años devenga mesada pensional, bajo la modalidad de retiro programado.

Formuló excepción de fondo que denominó; proyección pensional efectuada por la parte actora no se corresponde con la realidad, cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cumplimiento del deber de información por de PROTECCIÓN S.A, buena fe, culpa de la demandante, prescripción, compensación y pago, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de octubre de 2023 absolvió a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra, al declarar probada la excepción de prescripción del derecho de reclamar la indemnización de perjuicios y gravó en costas a la demandante.

Como fundamentos de su decisión, inició por realizar un recuento procesal de los hechos de la demanda, pretensiones, contestación de la misma y sus enervantes excepciones. Luego, el *A quo* señaló que conforme al criterio actual de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de los pensionados no es procedente declarar la ineficacia de traslado, por tratarse de una situación jurídica ya consolidada y un hecho consumado, sin embargo, dejó abierta la posibilidad para que este tipo de personas demanden la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones, conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños, conforme a la sentencia SL373-2021. En ese orden, señaló que la demandante reconoce desde los hechos de la demanda que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Protección S.A., lo cual se corrobora con los documentos adosados en las diligencias.

Dijo que de las documentales y declaraciones recaudadas en el proceso no se advierte acreditado que la AFP Protección S.A. le brindara información

clara y suficiente al accionante acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre estos, siendo claro que no se cumplió con el deber de información en su primera etapa de evolución, misma que implica una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo el conocimiento de la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese orden, señaló que la AFP demandada incumplió el deber que le imponía entre otros, el Decreto 663 de 1993, en su artículo 97, lo cual da lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios reclamada.

Señaló que antes de tasar los perjuicios, procedió a estudiar la excepción de prescripción formulada por la pasiva, citó los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, para concluir que la acción se vio afectada por el fenómeno extintivo, toda vez, que la sentencia SL373-2021, es enfática en determinar que el termino de tres años comienza a correr desde el momento en que adquirió el estatus de pensionado, y que en el caso de la actora fue para el 30 de marzo de 2011, y como la demanda solo fue incoada hasta el 28 de enero del 2022, es claro que la acción se encuentra prescrita.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante **MARUJA IRAGORRI HORMAZA** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que si bien la jurisprudencia patria hace una distinción frente a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales y la de indemnización de perjuicios dándole a esta última un término de tres años, no está de acuerdo que la fecha hito a tener en cuenta sea el momento en que la actora recibió la mesada pensional toda vez que el daño ocasionado a la demandante es constante y de trato sucesivo pues se ha extendido en el tiempo a pesar del reconocimiento de la mesada pensional, aunado que con el transcurso de los años la diferencia en la mesada que obtendría en el Régimen de Prima Media va aumentando con el tiempo, lo que convertiría tal derecho en imprescriptible.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no

constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, (i) ¿Se cumplen los presupuestos o elementos estructurales de la responsabilidad civil o de acción indemnizatoria total y ordinaria de perjuicios, esto es, el daño padecido, la culpa del agente y el nexo causal entre lo primero y lo segundo y, por ende, el demandante tiene derecho al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales en la forma como fuesen pedidos en la demanda?; en caso afirmativo determinar (ii) ¿Erró el A quo al declarar la excepción de prescripción sobre las pretensiones del libelo introductor?

CONSIDERACIONES

Debe señalarse en primer lugar que, no existe discusión en esta instancia en cuanto a que la señora MARUJA IRAGORRI HORMAZA, cotizó al ISS hoy Colpensiones, del 1 de agosto de 1988 al 30 de noviembre de 1994 (Historia laboral carpeta 01 del ED); que se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A- el 24 de noviembre de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994, como se evidencia en el formulario de afiliación (Página 26 archivo 05 del ED); que a la parte demandante se le reconoció pensión de vejez desde el 1° de marzo de 2011, en cuantía de \$2.564.080 (Página 91 Archivo 05 del ED).

En lo concerniente, a la indemnización plena de perjuicios, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia,

decidiendo *“abandonar 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”*.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *“situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”*, ya que ello conlleva a configurar *“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”*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa, indica que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia dependerá las características de su mesada pensional.

Al margen de lo anterior, ha de ponderar la Sala que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación del consentimiento informado de la AFP no solo se debe atender en la antesala del traslado, sino también: *“durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*, regulación que permite inferir que una vez solicitada y obtenida la prestación económica de vejez ante la AFP y entrado en el pleno disfrute pensional, la falta de información integral en el traslado inicial entre

regímenes pensionales deja de ser relevante, en tanto se trata de una persona adquirente de un nuevo status como pensionado, acto jurídico en el que la AFP le pone a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, tal como se detalla en la documental que milita en PDF “05ContestaciónProtección”, págs. 107 a 109, misma que da cuenta de que la promotora de la litis escogió la modalidad Retiro Programado, prevista en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, tal como se advierte en la comunicación de fecha 30 de marzo de 2011.

Circunstancias que resultan relevantes jurídicamente y que no puede pasar de soslayo la Sala, pues si bien es cierto, la ineficacia de la afiliación y traslado inicial al RAIS conlleva restablecer el *statu quo*, no lo es menos que no puede desconocerse la voluntad de la actora de escoger libremente la modalidad pensional suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos legales particulares, concretos y oponibles, aunado a que la decisión con la cual se concedió la pensión de vejez en el RAIS le permitía la posibilidad de presentar solicitud de reconsideración o recursos frente a la misma, sin que se demuestre en el legajo inconformidad alguna respecto del reconocimiento pensional, ni mucho menos que en aquél momento hubiera puesto en entredicho la falta de información al momento del traslado inicial en el año de 1994, razón por la cual, una vez despuntó el disfrute pensional a partir del mes marzo de 2011, se consolidó plenamente la calidad de pensionado, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia se hace improcedente cualquier declaratoria de ineficacia del traslado.

Ello así, al tratarse de un nuevo acto jurídico de naturaleza irrevocable, mal haría el operador judicial por la vía de la ineficacia del traslado dejar tal acto sin efectos.

Clarificado lo anterior, la Sala debe hacer hincapié en que el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, tal como a continuación se indica:

*“...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”.

Es menester llamar la atención que en el sub examine desde el libelo genitor se pretende de forma principal que “Que se declare que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A. debe pagar a favor de la señora MARUJA IRAGORRI HORMAZA la indemnización total de perjuicios derivados del incumplimiento en lo deberes de información y buen consejo al momento de su traslado de régimen pensional”, lo que habilita su estudio por parte de la Sala.

Al margen de lo anterior, debe precisarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado que la acción de indemnización de perjuicios no es ajena al derecho laboral, y en un caso donde se pretendían perjuicios morales a cargo de una AFP por la demora en resolver su situación pensional, estimó la Corte que, el Tribunal se equivocó al denegar la pretensión por estimar que no pertenece al ámbito laboral, y en esa dirección apuntaló:

“Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen”. (Radicación 35795 de 2010).

De igual modo, vale resaltar lo dicho en la sentencia SL924 de 2018, que a su vez replica la sentencia de radicado No 357222 de 2009, en la que, respecto de la reparación del daño, expresa:

*“Sea lo primero advertir que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, **dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado**”.* (Negrilla fuera del texto).

Y en lo que respecta los perjuicios reclamados de quien ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, la misma Corporación, consideró:

*“Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda -lo que en este caso no ocurrió-, **bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar**”.* (Negrilla y subraya fuera del texto).

Así las cosas, colige la Sala que, desde las honduras de lo jurídico procesal, al no ser la acción de indemnización de perjuicios ajena al derecho laboral, en la que sin duda cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, debe la parte actora encausar las pretensiones en ese sentido, bien sea de manera directa o principal o subsidiaria a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, como acaece en el *sub examine*, en donde se pretende que se reconozca a cargo de AFP PROTECCIÓN S.A. a título de indemnización de perjuicios la diferencia de la mesada pensional que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida.

Habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, al que se llega por vía de aplicación supletoria del artículo 19 del C.S.T. y que constituye uno de los principios torales del mismo compendio normativo, viene a propósito colacionar los predicamentos que en torno del daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

“El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 agosto 2014, rad. No. 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. No. 1999-00227-01).

En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. No. 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. No. C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01).

(...)

El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad. No. 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. No. 2009-0014-01).”

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, es preciso verificar si se ha ocasionado un daño que deba repararse, lo que en efecto acontece, puesto que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, solo se allegó por parte de la AFP el correspondiente formulario de afiliación, y otra documental posterior al traslado; empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP

cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, y que no solo son los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse el traslado, mucho más, si en el proceso por el que se procede, la entidad convocada al juicio enfila su defensa en que no contaba con soporte documental para la fecha del traslado por cuanto la información se brindaba de manera verbal, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato de vinculación cumpliendo con los requisitos que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere de la efectiva asesoría integral brindada al momento del traslado, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima, debía efectuar aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, en la medida en que no se trata solo de disuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que pueda lograr en lo futuro una pensión que mejor se acompase con la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral, lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP accionada.

Ahora bien, la Sala entra a verificar si esa falta de información cualificada por parte de la AFP convidada al juicio, que determinó la afiliación, traslado y permanencia del actor en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional, lo que en efecto logra extraerse del plenario, dado que la actora antes de trasladarse a AFP PROTECCIÓN S.A. era beneficiaria del régimen de transición, por contar con 51 años de edad al 1° de abril de 1994, en razón de haber nacido el 1° de abril de 1943

A la par de lo anterior, para julio de 2004, ya contaba con 840.8 semanas, es decir, que hubiera seguido conservando el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, en observancia a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005; así mismo, contaba con más de 1.184 semanas en toda su vida laboral, hecho que al no haberse ponderado para la fecha en que solicitó la prestación económica ante AFP PROTECCIÓN S.A. significó la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada pensional, en tanto que de haber continuado en el régimen de prima media con prestación definida, le hubiera

correspondido una mesada con una tasa de reemplazo del 81% del IBL, en términos del Acuerdo 049 de 1990, situación que evidentemente le significaría un mayor monto de la mesada pensional de la que le fuera otorgada por AFP PROTECCIÓN S.A. a partir del 1° de marzo de 2011 de \$2.564.080 y por contera, se configura el elemento basilar constitutivo de la responsabilidad de la AFP, como lo es el daño, con su particular carácter de ser “directo y cierto” y no simplemente “eventual o hipotético”.

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), en torno de la concreción del daño, al resaltar que: *“el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado”*, lo que en efecto se presenta en el *sub examine*, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó al actor de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el régimen de prima media con prestación definida, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina “pérdida de oportunidad” como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

“La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a “la pérdida de una oportunidad” como “la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio” y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil)”

Así las cosas, se advierte la presencia de la tríada de elementos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada de la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos.

En lo concerniente a la extinción de las acciones y derechos laborales y de la seguridad social por el transcurso del tiempo, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que el término de prescripción de las acciones laborales es de tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, término que resulta aplicable al presente proceso, pues debe tenerse en cuenta, que la acción de reparación del daño o indemnización de perjuicios no es novedosa ni ajena al derecho laboral, verbi gratia, en materia laboral se tiene la acción para reclamar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST por culpa patronal, la que se encuentra sujeta al término prescriptivo de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aspectos que permiten a la Sala educir que el término de prescripción para reclamar la reparación del daño o indemnización de perjuicios por un pensionado del RAIS se deberá contar a partir de los 3 años desde el momento en que adquiere estatus de pensionado consolidado o materializado con el pleno disfrute pensional.

Del mismo modo, en sentencia SL9373-2017, respecto de la aplicación supletoria de la legislación civil frente al término de prescripción de las acciones del trabajo, la Alta Corporación aclara que “resulta entonces improcedente la remisión a los preceptos civiles que plantea la censura, pues, recuérdese, la analogía en asuntos del trabajo se encuentra autorizada siempre que no exista una norma aplicable al caso”, de donde se sigue que, no es necesario acudir al artículo 2.358 del Código Civil Colombiano para definir el término de prescripción de la acción de reparación del daño, aunque finalmente contemple el mismo término de 3 años, por no existir vacío normativo al existir norma especial y expresamente aplicable en materia de prescripción de las acciones laborales, no así respecto al momento en que empieza a correr el término de prescripción, puesto, se itera, por tratarse de la causación de un daño, debe contarse a partir de la perpetración del acto con el que se concreta.

Así las cosas, no es de recibo el argumento del recurrente frente a que tratándose de reclamaciones de perjuicios por falta de información al momento de traslado del RPM al RAIS no existe un término de prescripción. Criterio que para esta Sala no se compensa con los lineamientos jurisprudenciales, pues el daño es apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene **la calidad de pensionado**, pues desde ese instante la demandante se vio

perjudicada al recibir una mesada muy inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues como la misma actora lo manifestó desde el petitorio, era beneficiaria del régimen de transición y su mesada pensional en el RPM era superior a la que recibiría en el RAIS.

Así mismo, cumple precisar a propósito de los reproches esbozados por la censura, que no es posible considerar que nos encontramos frente a un derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, dado que no estamos frente a una reliquidación de la pensión de vejez, sino frente a la reparación patrimonial y extrapatrimonial de un daño y los perjuicios que se le han ocasionado, que al igual como sucede con la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, le es aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, o si se quiere, el de la caducidad de la acción, y si bien, en materia de reparación del daño puede tenerse como parámetro para la cuantificación de los perjuicios ocasionados, la mesada pensional que pudo haber sido otorgada en el RPM y su diferencia o mayor monto con respecto al otorgado en el RAIS, esa sola circunstancia no determina que la reparación del daño esté íntimamente ligada con el reconocimiento y pago mensual de una pensión de vejez de carácter imprescriptible ni que estemos frente a una reliquidación pensional.

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1956 de 2023, dijo al respecto:

“De la lectura de los planteamientos del recurso, se advierte que ninguno de estos dos pilares del fallo han sido cuestionados por la censura, quien se centró exclusivamente en discutir la naturaleza imprescriptible de la pensión, y solicitar aplicarla a la acción para reclamar la indemnización, lo cual es suficiente para declarar infundada esta parte de la impugnación; no obstante, se analizarán a continuación las alegaciones expuestas en el desarrollo de la acusación.

Es cierto que esta Corporación ha sostenido reiterada y pacíficamente que el derecho pensional no prescribe, dado que su carácter de irrenunciable, de tracto sucesivo y vitalicio, de suerte que puede demandarse en cualquier tiempo (CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016), sin perjuicio de la extinción de las mesadas no reclamadas en tiempo; sin embargo, esa imprescriptibilidad no se aplica a la indemnización de perjuicios por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, en tanto es una consecuencia resarcitoria única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS, tampoco, como ahora lo propone la censura, se extiende a la acción consagrada en el art. 151 del CPTSS para reclamarla en juicio.

De allí que, como lo ha enseñado esta Corte, sea a partir del momento en que se conoce ese daño que debe reclamarse su compensación so pena de que se extinga la acción para demandarla judicialmente.

Es un hecho cierto que por regla general tal información se conoce cuando se obtiene la condición de pensionado y a partir de esa fecha es que empieza a correr el plazo extintivo de la acción y consecuentemente de la indemnización. En lo concerniente, en sentencia CSJ SL373-2021 se adoctrinó (...)

De lo dicho, se itera, no es posible asimilar la prescripción de la acción para demandar la indemnización, con el derecho a la pensión, como lo pretende ahora la censura, al asegurar la imprescriptibilidad de aquella, pues el hecho de que la cuantía a pagar a título de resarcimiento del daño se pueda obtener en parte del eventual valor de la mesada al interior del RSPMPD, no cambia su naturaleza indemnizatoria única y tampoco, el término extintivo de la acción consagrado claramente en el art. 151 del CPTSS.”

En el sub examine, la actora se encuentra pensionado por vejez bajo la modalidad de retiro programado, en valor para el año 2022 de \$3.434.798 sobre 13 mesadas anuales, y efectiva a partir del 1 de marzo de 2011, lo que determina que tenía hasta el 1 de marzo de 2014, y la demanda incoada solo hasta 28 de enero de 2022, es decir resulta claro que por fuera del término de 3 años de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que habrá de confirmarse en su integralidad la sentencia recurrida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

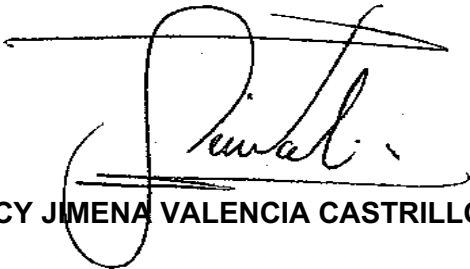
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Noveno (9 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **MARUJA IRAGORRI HORMAZA** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Aclara Voto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2020-00042-01
DEMANDANTE:	BLANCA NIDIA PIEDRAHITA ARIAS
DEMANDADO:	FOX CHANNELS COLOMBIA LTDA. hoy TFCF CHANNELS COLOMBIA LTDA.
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 31 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro-prestaciones
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia del 31 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BLANCA NIDIA PIEDRAHITA ARIAS** contra **FOX CHANNELS COLOMBIA LTDA. hoy TFCF CHANNELS COLOMBIA LTDA.**, con radicado No. **11001-31-05-011-2020-00042-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de agosto de 2011

¹ Páginas 3-10 Archivo 01 Expediente Digital

y el 13 de diciembre de 2016, el cual terminó sin justa causa por decisión del empleador; como consecuencia de ello, solicita se condene a la demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento del despido sin justa causa, junto con los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, desde la fecha del despido hasta la fecha del reintegro; asimismo, se condene a la encartada a pagarle la prima de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2016, las horas extras laboradas con la autorización del empleador entre los años 2013, 2014, 2015 y 2016 que se discriminan en la demanda, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

De manera subsidiaria solicita que se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria y la indexación.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que comenzó a laborar para la demandada el 1º de agosto de 2011, por virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de recepcionista en las instalaciones de la misma, a cambio de un salario mensual equivalente a \$1.587.000. Que en el mes de marzo de 2014 fue ascendida al Área Facturación, en donde laboró en repetidas ocasiones más allá de la jornada máxima legal con autorización de la empresa, siéndole reconocido únicamente el concepto de transporte, el cual le fue consignado directamente a su cuenta bancaria. Que desde el ingreso de la nueva Gerente de Cobranzas y Facturación comenzaron a surgir diversos conflictos entre esta y los trabajadores del área, incluida la demandante, pues la mencionada Gerente abusada de su poder y propiciaba malos tratos a sus empleados, causando el despido sin justa causa de varios de ellos. Que el 13 de diciembre de 2016 fue despedida sin justa causa, acotando que antes del finiquito se le propuso escoger entre terminar el contrato por mutuo acuerdo o el despido injusto. Que el último salario devengado ascendió a la suma de \$2.960.100 y que la liquidación de prestaciones sociales no incluyó pagos por concepto de prima de servicios del segundo semestre de 2016, indemnización por despido sin justa causa y horas extras laboradas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **FOX CHANNELS COLOMBIA LTDA.** hoy **TFCF CHANNELS COLOMBIA LTDA.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda aceptó la existencia del contrato de trabajo y se opuso a las demás pretensiones de la demanda, argumentando que el nexo existente entre las partes finalizó unilateralmente y sin justa causa por parte de la Compañía, de conformidad con la facultad legal prevista en el artículo 64 del CST, realizando para ello el pago de la indemnización legal correspondiente a favor de la demandante por valor de \$11.590.765. Añadió que a la actora se le efectuó el pago correcto de la prima de servicios correspondiente al segundo período del año 2016, tomando como último salario la suma de \$1.340.268.

Dijo que no existe ningún fundamento jurídico ni fáctico para que la Compañía tenga la obligación de reintegrar a la demandante, pues la terminación del contrato de trabajo obedeció a una facultad legal, sin que la misma hubiere estado limitada por virtud de algún fuero especial, por lo que no existen, ni se mencionan o acreditan por lo menos circunstancias que tengan la capacidad de anular la determinación legítima adoptada por la empresa.

Propuso como excepciones las que denominó: Prescripción, pago y cobro de lo no debido, trabajador de dirección, confianza y manejo, improcedencia de reintegro de la demandante, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, buena fe de la compañía, enriquecimiento sin justa causa, mala fe del demandante y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 31 de mayo de 2023, declaró probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada en el acto de contestación, denominadas pago y cobro de lo no debido, trabajador de dirección, confianza y manejo, y se abstuvo de pronunciamiento de las demás; absolvió a la convocada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la actora.

² Páginas 58 a 70 Archivo 01 Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que no media discrepancia sobre la existencia del contrato de trabajo entre las partes, los extremos laborales, los cargos desempeñados por la actora, así como el salario recibido. Añadió que la parte convocada aceptó que el nexo laboral terminó sin que mediara justa causa de despido, con el pago de la respectiva indemnización, lo cual encuentra respaldo en la carta de terminación del contrato allegada por la demandada y la liquidación de prestaciones sociales, de suerte que no es procedente el reintegro reclamado, dado que la norma sustantiva laboral no prevé esa posibilidad, a menos que se trate de un trabajador protegido por la estabilidad laboral reforzada debido a su estado de salud o de su condición de aforado, calidades que no demostró ostentar la demandante, quien en su demanda ni siquiera hizo mención a ello, ni a una protección por su maternidad, pues esto último solo fue mencionado de manera somera por un testigo.

Señaló además, que la indemnización por despido sin justa causa que le fue pagada a la convocante se encuentra ajustada a derecho, conforme a los cálculos efectuados por el Despacho. Aunado a ello, adujo que la prima del segundo semestre del año 2016 reclamada en el *libelo genitor*, sí le fue reconocida a la demandante, según emana de la liquidación de salarios y prestaciones sociales, y fue confesado por la accionante en su interrogatorio de parte.

Manifestó que la activa en su declaración admitió que desempeñó un cargo de dirección, confianza y manejo, el cual se encuentra excluido de la jornada máxima legal, conforme al artículo 162 del CST, y por ende se excluye la posibilidad de devengar horas extras, aun cuando labore más allá de la jornada ordinaria, conforme así la ha definido también la CSJ, lo cual en todo caso no se extiende para el recargo nocturno, los dominicales y festivos, sin embargo, la demandante no demostró que trabajar después de las 10 de la noche o que laborara los domingos y festivos, precisando que si bien los testigos adujeron que la actora prestó sus servicios en la noche, lo cierto es que no fueron claros en precisar los días en los que ello ocurrió y los correos electrónicos allegados al plenario no dan cuenta de su envío en un día domingo y festivo.

Así, concluyó que la actora no cumplió con la carga de probar los días en que laboró horas extras, durante los días que discriminó en su escrito demanda. Finalmente, aludió que no es procedente la indemnización moratoria porque la empleadora reconoció a la trabajadora las acreencias laborales causadas a su favor.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod. Por la Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero, el determinar si resulta procedente ordenar el reintegro de la demandada junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social; segundo, si es procedente condenar a la encartada a reconocer y pagar a favor de la actora las horas extras reclamadas en el *libelo genitor*, así como la prima del segundo semestre del año 2016; tercero, en caso de no salir adelante las anteriores premisas, definir de manera subsidiaria, si la llamada a la acción debe pagar a la convocante la

indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto los siguientes supuestos de hecho: **1.** Que entre la señora BLANCA NIDIA PIEDRAHITA ARIAS y la empresa demandada se celebró contrato de trabajo a término indefinido el 1º de agosto de 2011, para que la trabajadora desempeñara el cargo de recepcionista (páginas 18 a 28 Archivo 04 del ED); **2.** Que el 13 de diciembre de 2016, la accionada dio por terminado sin justa causa el vínculo laboral que la ató con la accionante, momento para el cual esta desempeñaba el cargo de Coordinador de Facturación (paginas 29 y 31 Archivo 04 del ED); **3.** Que el último salario devengado por la trabajadora ascendió a la suma de \$2.960.100 (página 31 Archivo 04 del ED).

Aclarado lo anterior, procede la Sala de Decisión a resolver el primer problema jurídico planteado concerniente a si el extremo activo tiene derecho a ser reintegrada al cargo que venía desempeñando desde la fecha en que fue despedida sin justa causa, esto es, el 13 de diciembre de 2016; frente a ello, cabe recordar a grandes rasgos que conforme a los desarrollos legales y jurisprudenciales en torno al derecho a la estabilidad laboral reforzada, son beneficiarios de tal garantía las mujeres embarazadas o en período de lactancia, las personas con discapacidad o en condiciones de debilidad manifiesta por motivos de salud (artículo 26 Ley 361 de 1997); las madres cabeza de familia y las personas que se encuentra en situación de pre pensionados.

En igual sentido, los trabajadores que gozan de la garantía del fuero sindical, no pueden ser despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el Juez del Trabajo (artículo 405 del CST).

Partiendo de tales presupuestos, resulta claro para la Sala de Decisión que tal y como lo concluyó el Juzgado de primer grado, en el presente caso no resulta procedente ordenar el reintegro de la trabajadora junto con el pago de

salarios, prestaciones sociales y aportes a Sistema de Seguridad Social, desde la fecha de su despido, puesto que la demandante en su escrito de demanda no hace referencia a ninguna circunstancia que impidiera el finiquito laboral sin justa causa, es decir, que se encontrara amparada por ese derecho a la estabilidad laboral reforzada, menos aún acredita que a la data de la ruptura de nexo contractual se encontrara en cualquiera de esas condiciones que la hicieran beneficiaria de tal garantía.

Sobre este punto, únicamente se advierte del testimonio de la señora Diana Slendy Contreras Vargas, que la actora durante la ejecución de su contrato de trabajo se encontró en estado de embarazo, y que en una jornada de trabajo rompió fuente a altas horas de la noche, debiéndose dirigir de la empresa a la institución de salud para ser atendida en su parto (min. 01:16:09 a 01:42:05 Archivo 15 del ED); sin embargo, esa sola afirmación de la declarante no abre paso al reintegro perseguido, pues la testigo no fue clara en referir la fecha en la cual se presentó tal hecho, lo cual impide a la Sala establecer si ello tuvo lugar a la data del despido o en una fecha próxima al mismo, y por ende, no queda claro que la terminación del contrato sin justa causa haya tenido lugar cuando la trabajadora se encontrara en licencia de maternidad o en período de lactancia.

Así las cosas, resulta acertada la decisión adoptada por el Juzgado de primer grado, en cuanto concluyó que en el caso objeto de estudio, no existe motivo alguno para acceder a la pretensión de reintegro formulada desde la demanda.

Pasando a la resolución del segundo problema jurídico planteado, sea lo primero advertir sobre la prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2016, que contrario a lo indicado en el libelo genitor, la demandada sí reconoció a favor de la demandante tal acreencia, pues en la liquidación de prestaciones sociales se tiene que la misma fue incluida, conforme se observa a continuación³:

³ Página 33 Archivo 04 del ED.

FOX CHANNELS COLOMBIA LTDA.				
LIQUIDACION DEFINITIVA				
DATOS BASICOS				
NOMBRE DEL EMPLEADO :	PIEDRAHITA ARIAS BLANCA NIDIA			
IDENTIFICACION :	52.927.515			
TIPO DE CONTRATO :	INDEFINIDO			
CAUSA DE RETIRO :	SIN JUSTA CAUSA			
FECHA DE INGRESO :	1/08/2011			
FECHA DE RETIRO :	13/12/2016			
TIEMPO DE TRABAJO :	1935 DIAS			
SUELDO BASICO MENSUAL	\$	2.960,100		
SALARIO BASE PARA LIQUIDACION DE CESANTIAS	\$	2.960,100		
SALARIO BASE PARA LIQUIDACION DE PRIMA	\$	2.960,100		
SALARIO BASE PARA LIQUIDACION VACACIONES	\$	2.960,100		
LIQUIDACION				
VACACIONES		1/08/2011	13/12/2016	80.54
DIAS CAUSADOS				60.00
DIAS HABILES TOMADOS				20.54 DIAS
DIAS PENDIENTES DE VACACIONES				
DEVENGADOS				
SUELDO BASICO	\$	2.960,100	13.00	1,282,710
CESANTIAS 2016	\$	2.960,100	X	343.00 DIAS
			360	2,820,318
INTERESES SOBRE CESANTIAS 2016	\$	2,820,318	X 0.12 X	343.00 DIAS
			360	322,456
VACACIONES EN DINERO S.TRADICIONAL	\$	2.960,100	X	20.54 DIAS
			30	2,026,910
PRIMA DE SERVICIOS	\$	2.960,100	X	163.00 DIAS
			360	1,340,268
PRIMA EXTRALEGAL	\$	2.960,100	X	163.00 DIAS
			720	670,134
INDEMNIZACION	\$	2.960,100	X	117.47 DIAS
			30	11,590,765
BENEFICIO MEDICINA PREPAGADA Y PLAN ODONTOLOGICO				533,745
BENEFICIO GRAVADO MED PREPAG Y PLAN ODON				570,053
TOTAL DEVENGADOS				21,157,359
DEDUCCIONES BASE				

Aunado a ello, se tiene que la propia demandante aceptó expresamente en su interrogatorio de parte que le fue pagado el valor de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, incluida la prima de servicios del segundo semestre del año 2016 (min. 22:07 – 48:10 Archivo 15 del ED); siendo ello motivo suficiente para respaldar la decisión del A quo en cuanto absolvió a la encartada de dicho rubro.

En punto a las horas extras perseguidas por la actora y que se encuentran debidamente discriminadas en el escrito de demanda, cumple destacar que la misma demandante en su interrogatorio de parte reconoció que desde el año 2013 ostentó el cargo de Coordinadora de Facturación, en virtud del cual se encargaba de liderar todo el proceso de facturación de la empresa convocada, resaltando que a la data del finiquito sus actividades implicaron facturas de alrededor de \$23.000.000.000, de suerte que dadas las funciones de su cargo, es clara su condición de trabajadora de dirección, confianza y manejo, misma que ostenta el empleado que ejecuta funciones “...donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores...”, conforme así lo definió la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 1998, al echar mano del tratadista Mario de la Cueva en su obra Derecho Mexicano del Trabajo.

Conforme a ello, resulta relevante destacar lo que la CSJ ha expresado en relación con el reconocimiento de trabajo suplementario a favor del

trabajador de dirección, confianza y manejo, a la luz del artículo 162 del CST, en la sentencia CSJ SL40016, 1 ago. 2012, en la que expuso:

“En lo relacionado con el derecho a que al demandante le sea reconocido el recargo previsto legalmente por haber laborado en jornada nocturna, es pertinente precisar que si bien los trabajadores de dirección, confianza y manejo no tienen derecho al reconocimiento de horas extras por razón del cargo, ello no significa que esa misma situación deba extenderse a los incrementos estatuidos por ley, generados por el cumplimiento de una jornada de trabajo ejecutada en horas de la noche.

La anterior inferencia por cuanto, si bien es cierto que los trabajadores de dirección, confianza y manejo están excluidos de la jornada máxima legal y, en consecuencia no devengan aumentos por laborar en jornada suplementaria o de horas extras, ello no significa que la misma exclusión deba extenderse a la remuneración legalmente establecida por recargo nocturno, pues es una regla de interpretación de la ley que las normas que establezcan restricciones o excepciones no son aplicables por analogía”.

Asimismo, la Alta Corporación en la sentencia SL6738-2016, moduló que:

“(…) Según el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza, o manejo, están excluidos de la jornada máxima legal, que por tratarse de una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 161 del mismo ordenamiento, cuyo plausible propósito es proteger al trabajador en su salud, en la medida que le garantiza un tiempo de prudente descanso, que además, repercute en el mejor desempeño de sus labores, que se hace más evidente con lo preceptuado en los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 50 de 1990, y 165 a 167 del estatuto sustantivo laboral, la interpretación que se impone al mencionado artículo 162, tiene que ser restrictiva, en la medida en que lo allí consagrado es una excepción, de suerte que, dentro de la expresión «jornada máxima legal de trabajo», no puede entenderse incluido lo relativo al trabajo en días dominicales y festivos, que si son trabajados generan la obligación de pagar el tiempo durante el cual se haya prestado el servicio, así se trate de un empleado de dirección, confianza, o manejo.

Lo anterior es menos discutible, si se observa que los temas relativos a la jornada máxima legal, y a los descansos obligatorios, en el que está contenido el concerniente a los domingos y festivos, es materia de regulación en títulos diferentes del Código Sustantivo del Trabajo”.

Conforme a lo definido en el criterio jurisprudencial expuesto, se tiene que los trabajadores de dirección, confianza y manejo no tienen derecho al reconocimiento de horas extras por hallarse excluidos de la jornada máxima legal, sin embargo, tal situación no debe extenderse a los dominicales y festivos o al trabajo nocturno, pues cuando la prestación del servicio tenga lugar en la jornada nocturna, ora en los domingos y festivos, el trabajador sí tiene derecho al reconocimiento del recargo previsto en la ley.

Bajo ese contexto, se advierte que la demandante discrimina en su demanda a páginas 6 a 7 del archivo 01 del ED, las horas extras que considera se le adeudan, siendo oportuno destacar que todas aquellas que no se ejecutaron dentro del horario nocturno, no es posible su reconocimiento, porque como se dijo ostentaba un cargo de dirección, confianza y manejo. Con todo, en su relación de horas extras, se observa que según su dicho desempeñó sus funciones en horario nocturno, esto es, después de las 10 p.m., circunstancia que conforme a la ley genera el reconocimiento de un recargo nocturno a su favor.

Sin embargo, tal y como lo concluyó el Juzgado de conocimiento, en el presente caso no se encuentra demostrado que la demandante en efecto prestó sus servicios en los horarios que indica en su listado, el cual dicho sea de paso tampoco precisa los días de labor, pues por mes solo da cuenta de un número total de días.

Ello es así, porque las únicas probanzas que dan cuenta de una prestación del servicio nocturno por la actora, corresponden a los testimonios de los señores Édgar Fabián Anaya Rueda y Diana Slendy Contreras Vargas (min 54:14 -01:42:05 Archivo 15), cuyos dichos no son suficientes para demostrar esas horas nocturnas laboradas, ya que de manera genérica manifestaron que la demandante trabajaba hasta altas horas de la noche e incluso, se quedaba en la empresa hasta el otro día para cumplir su función de facturación, lo cual ocurría entre 2, 3 y hasta 7 días al mes, información que no se advierte precisa y puntual frente a los días y las horas laboradas y que por ello impide tomarlo como prueba concreta para el reconocimiento del trabajo suplementario perseguido.

Recuérdese que es deber de quien reclama un derecho entrar a demostrarlo bajo las precisiones del artículo 167 del Código General del Proceso, lo cual ha sido *in extenso* enseñado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, al ser enfática en indicar que, para que haya lugar al pago de trabajo suplementario o recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivo, el mismo debe estar plenamente probado, en tanto no le es dable al Juez realizar elucubraciones o suposiciones con miras a establecerlo, así en sentencia SL7578 de 2015, dispuso:

“Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas” (subrayado fuera de texto)

Puestas así las cosas, encuentra la Sala que acertó el Juzgado de Conocimiento, en tanto absolvió de la pretensión de horas extras reclamadas en el escrito inicial.

Ahora bien, como no resultaron prósperas las pretensiones principales formuladas en la demanda, debe la Sala adentrarse al análisis de las pretensiones subsidiarias planteadas, esto es, el reconocimiento de la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria.

Sobre el particular baste con decir que en el expediente se encuentra plenamente acreditado que a la demandante le fue reconocida la indemnización por despido sin justa causa, como emana de la liquidación definitiva de prestaciones sociales (Página 33 Archivo 04 del ED) y así lo reconoció en su interrogatorio de parte (min. 22:07 – 48:10 Archivo 15 del ED), motivo por el cual no hay lugar a impartir condena por dicha acreencia.

Tampoco es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, como quiera que a la accionante no se le adeuda ningún valor por concepto de salarios y prestaciones sociales, al serle debidamente pagada su liquidación definitiva del contrato de trabajo.

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, procede la confirmación de la sentencia de primer grado. Sin costas en esta instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

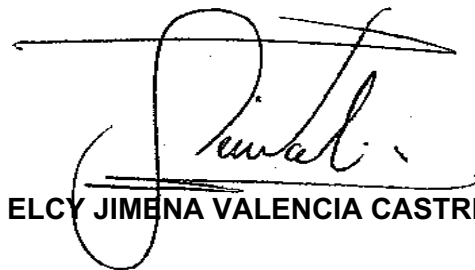
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

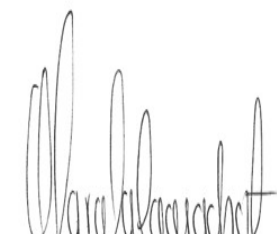
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2021-00590-01
DEMANDANTE:	BETTY ROSA GARCÉS CERVANTES.
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por ambas partes en contra de la sentencia del 5 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BETTY ROSA GARCÉS CERVANTES** contra **PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-011-2021-00590-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre de la causante Alix Piedad Marañón Garces a partir del 21 de enero de 2018. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. al pago de la pensión

¹ Archivo 01-08 Carpeta 01 Expediente Digital

de sobrevivientes, junto con las mesadas pensionales ordinarias y adicionales en forma vitalicia junto con los aumentos legales correspondientes, que se condene al pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se condene extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que su hija Alix Piedad Maraño Garcés falleció el 21 de enero de 2018. Que para el periodo comprendido entre el mes de marzo del año 2000 y el mes de enero de 2018, la señora Maraño Garcés cotizó más de 950 semanas al Sistema General de Pensiones, y en los 3 últimos años anteriores al fallecimiento cotizó más de 50 semanas. Adujo, que la causante era soltera, no hacía vida marital con nadie, y no tenía hijos.

Que, para la fecha de fallecimiento tanto como la demandante y su hija residían en un apartamento de propiedad de la causante ubicado en la dirección Calle 72F N.º 116B-84, interior 11, apartamento 401 en la ciudad de Bogotá. Que, su núcleo familiar estaba conformado únicamente por madre e hija, que esta última era la única que trabajaba y cubría la modalidad de gastos como la cuota del apartamento, servicios públicos, vestuario y alimentación. Agregó que, ante la muerte de su hija, sufrió una pérdida económica, ya que para su sostenimiento en condiciones dignas dependía en un 100% del ingreso y recursos de su hija Alix Piedad Maraño Garcés.

Por último, que solicitó la prestación de sobrevivencia, siendo negada por la entidad demandada, mediante comunicación de fecha 6 de abril de 2018 y con número de referencia 0200001150506200.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la demandante no cumple con el requisito de Ley de dependencia económica. Argumentó, que se demostró que la actora percibía un salario en calidad de empleada de la empresa “*Beatriz Villegas Schnepel*”, que tiene la calidad de cotizante en el Sistema de Salud y

² Archivo 02-11 Carpeta 13 Expediente Digital

que no figurara como beneficiaria de su hija fallecida; constituyen indicativos de la inexistencia de dicha dependencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, innominada o genérica y compensación.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia del 8 de febrero de 2023 (archivo 010 del expediente digital) se admitió la demanda instaurada por Betty Rosa Garcés Cervantes, teniéndose por subsanada la demanda.³ Luego, una vez notificada la demandada, el Juez de instancia mediante providencia del 23 de agosto de 2023, dio por contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. y fijó fecha para el 1 de septiembre de 2023 para la celebración de las audiencias de que trata los artículos 77 y 80 del C.P.T y S.S.

El 1 de septiembre de 2023, se celebró audiencia del artículo 77 del CPT y S.S. donde se intentó conciliación, se fijó el litigio y se decretó pruebas a favor de las partes y se fijó para el 25 de agosto de 2023 la audiencia para practica de pruebas, alegatos y fallo. Llegado el día se practicaron testimonios e interrogatorios y se fijó para el 5 de septiembre de 2023, para continuar con alegaciones y fallo respectivo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de septiembre de 2023, declaró que la demandante cumple con los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente causada con ocasión al fallecimiento de su hija Alix Piedad Maraños, ocurrido el 21 de enero de 2018. En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de la señora Garcés Cervantes la pensión de sobrevivientes a partir del 16 de diciembre de 2018 en cuantía de \$1.477.156 para el año 2018, en el número de 13 mesadas, y la suma de \$99.404.508 por mesadas adeudadas desde el 12 de diciembre de 2018 al 31 de agosto de 2023, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y gravó en costas a la demandada.

³ Archivo 07 Carpeta 06 Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* inició por realizar un recuento procesal de los hechos y pretensiones de la demanda junto con la contestación por parte de Porvenir S.A. Explicó que, para la fecha de fallecimiento de Alix Piedad Maraño Garcés, esto es, el 21 de enero de 2018, la norma que rige la pensión de sobrevivientes son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003. Que, de acuerdo a las testimoniales practicadas se evidenció que la causante era soltera y vivía con su señora madre. Adujo, que las declarantes fueron coherentes, concisas y además con conocimiento propio de la situación familiar, concluyendo que era la causante la encargada de pagar la cuota del apartamento, servicios públicos domiciliarios, internet, televisión por cable, alimentación y demás gastos de sostenimiento y manutención de su señora madre Betty Rosa Garces Cervantes. Por tanto, determinó que de acuerdo al dossier probatorio la ayuda suministrada por la causante era determinante para la existencia vital de la demandante, conforme a las exigencias de la normatividad y jurisprudencia nacional en lo concerniente al requisito de dependencia económica.

Así las cosas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, toda vez, que la causante falleció el 21 de enero de 2018, y la demandante elevó reclamación administrativa el 26 de febrero de 2018, siendo negada por la pasiva el 6 de abril de 2018. Lo que significa, que a partir de la última data contaba con tres años para instaurar la respectiva demanda, esto es, hasta el 6 de abril de 2021, pero radicó la demanda solo hasta el 16 de diciembre de 2021. En consecuencia, ordenó el disfrute de la prestación a partir del 16 de diciembre de 2018.

Por último, negó el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento que no existió mora por parte de Porvenir S.A. al abstenerse de reconocer la prestación al existir dudas sobre el requisito de dependencia económica.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, en forma parcial frente a la negativa del Juez de primera instancia de ordenar el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Argumentó, que la pasiva contaba con todas las pruebas necesarias para establecer que la

demandante era dependiente económicamente de su hija fallecida, y sí en el caso dudaba del cumplimiento del mentado requisito debió adelantar todas las gestiones necesarias para indagar si la actora era beneficiaria de la prestación.

La parte demandada **PORVENIR S.A.** por su parte atacó la integralidad de la sentencia para señalar que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, el segundo de los cuales, el art. 47, en su literal c), toda vez, que no demostró la dependencia económica requisito necesario para adjudicar la pensión de sobrevivientes a favor de actora en calidad de madre. Agregó, que con el fallecimiento de su hija no cambió la calidad de vida de la demandante ni tampoco sus condiciones de subsistencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Por las inconformidades de los apelantes y el principio de consonancia que regla el art. 66 A del CPTSS, el problema jurídico a resolver en esta estancia es el de determinar si la demandante logró acreditar la dependencia económica respecto de su hija fallecida Alix Piedad Marañón Garcés como requisito para acceder a la pensión de sobreviviente que en calidad de madre de la causante reclama. En caso afirmativo, determina si son procedentes los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

En este caso, por la fecha de fallecimiento de Alix Piedad Marañón Garcés el 21 de enero de 2021 (pág. 16 archivo 01 del ED), el ordenamiento legal que gobierna la situación pensional de la accionante como acertadamente lo señaló

el Juez *a-quo*, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, el segundo de los cuales, el art. 47, en su literal c) contempla como beneficiarios a los padres del causante, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho a la misma prestación, **si aquellos dependían de él económicamente.**

Para la decisión que se tome, se hallan probados, por así aceptarlo las partes o estar documentalmente acreditados, los siguientes hechos: (i) La calidad de afiliado cotizante a Porvenir S.A. de Alix Piedad Marañón Garcés (ii) Que la asegurada falleció el 21 de enero de 2018; (iii) Que acreditó 150 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; (iv) Que Betty Rosa Garcés Cervantes en su condición debidamente acreditada, de madre de la fallecida, presentó solicitud de pensión de sobrevivientes a Porvenir S.A.; y (v) Que mediante comunicación de fecha 6 de abril de 2018, el Fondo de Pensiones les negó el derecho reclamado por no existir la requerida dependencia económica de la madre respecto de su hija.

Pues bien, previo a acometer el estudio correspondiente, debe puntualizarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene dilucidado que la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido para acceder a la pensión de sobrevivientes, no tiene que ser total y absoluta; lo cual quiere decir que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y **cuando éstos no los convierta en suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida** (CSJ SL14923-2014, CSJ SL6390-2016, y recientemente la SL 2474-2023,). En ese orden de ideas, para determinar la dependencia económica se debe contar al menos con los siguientes elementos: i) Debe ser cierta y presunta, ii) La participación debe ser regular y periódica y iii) Las contribuciones deben ser significativas respecto del total de ingresos del beneficiario que permitan descartar una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. Así lo dijo, la Sala Laboral de la referida CSJ, en la sentencia SL 2445-2023.

Para el efecto los testigos escuchados en el proceso, DIANA MARGARITA VILLEGAS PEÑA y LIDA SOFÍA MARAÑÓN GARCÉS, manifestaron conocer a

la hija de la demandante, ALIX PIEDAD MARAÑÓN GARCÉS (+), y respecto a la dependencia económica manifestaron:

Diana Margarita Villegas Peña, prima hermana de la afiliada fallecida, refirió que la reconoce como una hermana porque crecieron juntas en Santa Marta. Refirió, que su prima fue diagnosticada de cáncer de seno en julio del año 2017 y que por su confianza y cercanía a la causante le informó en persona el proceso médico al que se debía someter. Adujo, que la causante vivió en Bogotá durante aproximadamente quince años, inicialmente como estudiante en contaduría y luego después de graduarse entró a laborar para una empresa exportadora de cacao. Depuso, que su prima vivió con su mamá durante ese periodo, siendo la encargada de la manutención y sostenimiento de la demandante. A la pregunta si sabía si la causante tenía una relación amorosa, contestó que nunca, que siempre vivió con su señora madre.

Señaló que, ante la enfermedad de la causante, la demandante empezó a laborar dos días a la semana para ayudarse económicamente. Indicó, que la relación con su prima (causante) y su señora madre era muy cercana, que las visitaba una o dos veces a la semana, compartiendo muchos momentos. Que le consta, que Alix asumía los pagos de servicios públicos, alimentación, vestuario, y pago de cuota de apartamento. Agregó, que la causante era una persona muy organizada y ahorrativa, porque su salario alcanzaba para el sostenimiento de las dos. A la pregunta, si con posterioridad al fallecimiento de la señora Alix, ha cambiado las condiciones de vida de la demandante, contestó que el nivel de bienestar de la actora ha desmejorado, que a pesar de vivir en el apartamento no cuenta con los recursos económicos para pagar todos los servicios, como internet, televisión cable, que se ha visto “corta” para pagarlos y que la alimentación o los mercados han disminuido.

Lida Sofía Marañón Garcés, manifestó que la demandante es su señora madre y la causante fallecida su hermana. Adujo, que su hermana y su mamá vivían en el Barrio Villas de granada en la ciudad de Bogotá. Expuso, que vivieron las dos por un espacio de dieciséis años, tiempo en que la persona encargada de mantener el hogar y en específico el sostenimiento y manutención de su señora madre fue la afiliada fallecida. Adujo, que en los dos últimos meses de vida de su hermana Alix se trasladó a Bogotá para acompañar y apoyar a la demandante.

A la pregunta si conocía cuantos eran los gastos de su hermana fallecida, contestó que un aproximado de dos millones de pesos, toda vez, que era la persona encargada de pagar la cuota del apartamento, servicios públicos, alimentación y vestuario. A la pregunta si la demandante laboraba o contaba con ingresos propios, contestó que empezó a trabajar esporádicamente por días durante el tiempo de enfermedad de la actora, porque los ingresos disminuyeron por la incapacidad de Alix, pero no tenía un empleo fijo, solamente hacía aseo en un almacén por treinta mil pesos. Por último, que, ante el fallecimiento de su hermana ha tenido que ayudar económicamente a su señora madre y acudir a otros familiares, pues es una persona de la tercera edad y sin estudios.

Ahora bien, al absolver el interrogatorio de parte la demandante en su condición de madre aceptó que su hija fallecida era la encargada del sostenimiento del hogar, siendo la encargada del pago de la cuota del apartamento, alimentación y pago de servicios públicos. Depuso que no tenía un trabajo estable por tanto no devengaba ningún tipo de salario o ingreso económico periódico, desempeñándose siempre como ama de casa y en los últimos años de la enfermedad de su hija acudía a un almacén de muebles ubicado en la Calle 82 con 14A de la ciudad de Bogotá para generar ingresos extras porque su hija ya no podía trabajar. Agregó, que acudía dos veces a la semana hacer aseo y le pagaban por día la suma de treinta mil pesos (\$30.000).

Agregó, que los gastos eran asumidos por su hija para el sostenimiento del hogar ascendían a la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), incluyendo la cuota del apartamento, servicios públicos, internet y televisión cable. Que vivieron siempre las dos hasta el fallecimiento de su hija, que laboraba para una empresa exportadora de cacao y devengaba aproximadamente un poco más de tres millones de pesos (\$3.000.000). Resaltó, que desde el fallecimiento de su hija ha tenido que acudir a familiares para su manutención, pues es una persona de tercera edad y sin estudios, siendo difícil encontrar empleo.

Así pues, analizada la prueba arrimada por el extremo activo, para la Sala se encuentra acreditada con suficiencia y certeza la dependencia económica alegada por la demandante respecto de la *cujus*, pues las declaraciones recaudadas ofrecen la acreditación necesaria frente a la dependencia, en tanto las declarantes al unisonó manifestaron que la afiliada fallecida era quien pagaba

la totalidad de los gastos para la subsistencia de la señora Betty Rosa Garces Cervantes.

En ese orden, **Diana Margarita Villegas Peña** afirmó tajantemente constarle el apoyo económico que hacía Alix Piedad Marañón Garces, porque frecuentaba dicho hogar, indicando de manera precisa que la afiliada extinta era la encargada del pago de la cuota del apartamento, servicios públicos, vestuarios y alimentación, afirmación que coincide con lo expuesto por la demandante en interrogatorio de parte que declaró que la señora Marañón Garces era quien asumía la totalidad de los gastos del hogar. Por otro lado, la declaración de **Lida Sofía Marañón Garcés** confirmó lo expuesto por la demandante, en la que expuso que se desempeña como ama de casa, y que únicamente laboró esporádicamente durante el tiempo en que la afiliada estuvo incapacitada, ejerciendo labores de oficios varios por valor de treinta mil pesos el día.

Ahora bien, es de señalar que efectivamente la actora al absolver el interrogatorio de parte, además de relatar que su hija fallecida Marañón Garcés sufragaba la totalidad de los gastos para su subsistencia, también afirmó que durante los últimos meses en que su hija enfermó y estuvo incapacitada, empezó a trabajar ocasionalmente en un almacén de muebles realizando labores de oficios varios y por una retribución diaria de treinta mil pesos (\$30.000), situación que fue corroborada por la otra hija al rendir la respectiva declaración.

Sin embargo, ese ingreso económico ocasional, para la Sala no desvirtúa la subordinación económica de la accionante frente a su descendiente Alix Piedad Marañón Garces, toda vez, que el hecho de que existan otras contribuciones, rentas o ingresos adicionales a los proporcionados por la de *cujus* no convierte a su progenitora en autosuficiente, es decir, no excluye *per se* su derecho a obtener una pensión de sobrevivientes, pues la única condición que debe cumplirse es que los demás ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia y la del núcleo familiar en condiciones mínimas y decorosas. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, a cita de ejemplo véase la sentencia SL 3536-2021, criterio que se cumple en el *sub judice*, en la medida que un ingreso económico ocasional de treinta mil pesos durante el tiempo en que la causante enfermó, en manera alguna les procuran una vida digna a los progenitores.

Ahora, respecto de la dependencia económica de los progenitores supérstites, debe tenerse en cuenta que está suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, que la misma corresponde a la ayuda pecuniaria brindada por el hijo, que tuviese el carácter de necesaria para la subsistencia de los padres en condiciones dignas; en efecto, tal requisito no implica que estos últimos no puedan percibir algún ingreso adicional por una actividad laboral propia, pues lo que realmente se exige es la comprobación de que no cuentan con autonomía financiera y que sin el apoyo económico dado por el hijo fallecido, los progenitores se enfrentan a la imposibilidad de mantener un mínimo de subsistencia en condiciones dignas. Es así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1759-2020 refirió:

*Y la circunstancia que independientemente de la posterior declaración de inexequibilidad contenida en la sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, el ad quem a re[n]glón seguido haya estimado que pese a lo consagrado originalmente en el citado literal d) del artículo 13, que incorporó al ordenamiento la expresión ‘total y absoluta’, debía entenderse que la dependencia allí exigida no podía tener tal connotación, en la medida que en su sentir aquella se configura cuando los beneficiarios de la prestación, no son autosuficientes económicamente así tengan un ingreso o patrimonio, y cuando para poder subsistir dignamente ‘se hallan supeditados al ingreso proveniente del de cujus’; tampoco esas aserciones constituyen un error jurídico, dado que tales razonamientos están acordes a los parámetros jurisprudenciales que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado sobre esta precisa temática, antes y después de la expedición de la norma de marras, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado ‘de forma total y absoluta’, en el sentido de que el requisito de la dependencia económica, está concebido bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, con la precisión de 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’**, como se puede ver en la sentencia del 11 de mayo de 2004 radicado 22132, reiterada en decisiones del 7 de marzo de 2005 y 21 de febrero de 2006 con radicación 24141 y 26406 respectivamente.*

[...]

Adicionalmente, cabe agregar que como también lo ha expresado la Sala, esa dependencia económica en los términos que se acaban de delinear, indudablemente se erige como una situación que sólo puede ser definida y establecida para cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para poder acceder al derecho pensional, y es por esto, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumpliría las previsiones señaladas en la ley.

En igual sentido, en reciente sentencia CSJ SL2445-2023 la Alta Corporación reseñó:

Deviene de la jurisprudencia anterior que en este tipo de eventos, el juzgador está obligado a analizar las circunstancias particulares, la relevancia de los aportes del fallecido en el gasto del hogar y la afectación de la economía común en la ausencia de aquel (CSJ SL386-2023), tal como ocurrió en el caso bajo estudio, en el que el Tribunal determinó que la actora no tenía derecho a la pensión que pretende, porque no acreditó las contribuciones hechas por su hijo y, además, quedó demostrada en el litigio su autonomía financiera.

Ahora bien, a juicio de la Sala y conforme a la jurisprudencia desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno al concepto de dependencia económica, en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-111-2006, dicho requisito no puede identificarse con una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante, de modo que no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos, propios o provenientes de terceros, pues no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia (SL1169-2019, SL1913-2019, SL 4167-2020 y SL1931-2021).

Así las cosas, para la Sala, se encuentra acreditada la dependencia económica en los términos precisados jurisprudencialmente, pues véase que el aporte dado por la afiliada fallecida puede entenderse como significativo o determinante para el sostenimiento de la demandante, además de ciertos, relevantes y periódicos para su vital existencia, pues consistían en la suma mensual de \$2.000.000, destinada para manutención y demás gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, pues como se comprobó el ingreso de su madre era precario y ocasional, pues la actora empezó a trabajar a raíz de la enfermedad de la causante.

En efecto, como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, la ayuda o colaboración que otorguen los hijos a sus progenitores deben tener la connotación de **relevantes, esenciales y preponderantes para el mínimo sostenimiento de la familia**, para que pueda configurar la subordinación económica exigida por la norma para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes (Ver, entre otras, las sentencias de la Sala Laboral SL18517 del 1° de noviembre de 2017, SL1243 del 27 de marzo de 2019, y SL 652-del 19 de febrero de 2020, todas bajo Ponencia de la H. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

En síntesis, para esta Sala de Decisión deviene acertada la decisión de primer grado en tanto resulta dable tener por acreditados los presupuestos que caracterizan la dependencia económica normada, en tanto los medios probatorios recaudados ofrecen la certeza suficiente para así colegirlo. En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia para declarar que la demandante *BETTY ROSA GARCÉS CERVANTES* tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del causante al acreditarse el requisito previsto en el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, acertó el Juez de instancia al acudir a las precisiones del artículo 48 de la Ley 100 de 1993 y tomar los salarios sobre los cuales cotizo la afiliada y que según el reporte que obra en el archivo 13 del cartapacio digital expedido por Porvenir S.A. los cuales, indexados, arrojan un ingreso base de liquidación de \$2.503.654, al que le aplicó una tasa de remplazo del 59%, atendiendo que cotizó en toda su vida laboral un total de 859 semanas desde el ciclo marzo de 2000 hasta enero de 2018, lo que arroja una pensión mensual para el año 2018 de \$1.477.456, para el año 2019 de \$1.524.130, para el año 2020 de \$1.582.047, para el año 2021 de \$1.607.517, para el año 2022 de \$1.697.860 y para el año 2023 de \$1.920.620.

Entonces, se tiene que las mesadas reconocidas en la primera instancia, desde el 16 de diciembre de 2018 al 31 de agosto de 2023 inclusive, suman \$99.404.508. Debiendo extenderse dicha condena hasta el 31 de enero de 2024, en los términos del artículo 283 del CGP. Así, se obtiene un retroactivo pensional causado en favor de la demandante por valor de **\$111.106.462**. en ese sentido se modifica la decisión de primer grado. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones de la demandante al sistema de seguridad social en salud.

En relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009). Esto, siempre y cuando no existe justificación

para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que PORVENIR S.A. negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante aduciendo que no dependían económicamente de la causante, pues se demostró que dicho requisito no tenía que ser total y absoluto, que debía ser real, constante y significativo y que el percibir ingresos propios o de terceros no la desvirtuaba, criterios que fueron establecidos por la Sala de Casación Laboral en las sentencias atrás mencionadas y por la Corte Constitucional desde la sentencia C-111 de 2006 que declaró inexecutable la expresión “*de forma total y absoluta*”.

En ese sentido, los intereses moratorios se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001. En el sub iudice, la reclamación elevada por la demandante fue radicada el 26 de febrero de 2018, tal como se advierte del documento visible en el archivo 01 del expediente digital, lo que significa que los pagos de los réditos moratorios empiezan a contar desde el 26 de abril de 2018 hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas. Sin embargo, tal como lo concluyó el Juez primigenio, la demandante dejó vencer el término trienal previsto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del CPT S.S., toda vez, que instauró la demanda solo hasta el 16 de diciembre de 2021 (archivo 02 del ED). En consecuencia, se condenará a PORVENIR S.A. al pago de los réditos moratorios desde el 16 de diciembre de 2018 hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

Por último, los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales, pues al pagarse los intereses, la indexación se

entiende incluida en estos. (SL 3128-2023). En ese sentido se modificará el ordinal segundo para ordenar únicamente el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En síntesis, la demandante demostró que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre a partir del 16 de diciembre de 2018, al cumplir con las existencias establecidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal c). Así mismo, la sentencia será modificada en el sentido de extender el retroactivo pensional hasta el 31 de enero de 2024 y ordenar el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV. Sin costas a la parte demandante al prosperar el recurso formulado.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia del 5 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de liquidar el retroactivo pensional reconocido en favor de **BETTY ROSA GARCÉS CERVANTES** y a cargo de la Administradora PORVENIR S.A., en la suma de **\$ 111.106. 462.** a razón de 13 mesadas anuales desde el 16 de diciembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2024. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones de la demandante al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia del 5 de septiembre de 2023, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a pagar únicamente a favor de **BETTY ROSA GARCÉS CERVANTES** los intereses moratorios a partir del 16 de diciembre de 2018 hasta que se haga efectivo el pago de la obligación. En ese sentido, ante su incompatibilidad se revoca la

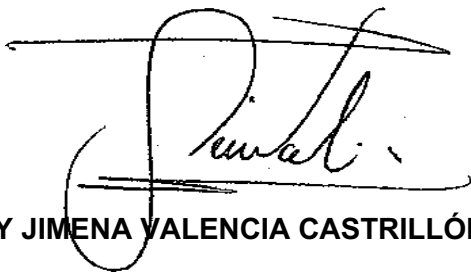
orden de indexación dada en el ordinal segundo de la sentencia aquí impugnada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2023-00144-01
DEMANDANTE:	AMPARO LILIAN CALDERÓN GARCÍA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 14 de noviembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte DEMANDANTE, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia del 14 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **AMPARO LILIAN CALDERÓN GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-011-2023-00144-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado realizado del RPM al RAIS en el mes de junio de 1994, a través de la AFP Protección; como consecuencia de ello, ordenar a la AFP Protección retornarla, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado, todo ello con destino al RPM administrado por Colpensiones; ordenar a Colpensiones recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 1º de mayo de 1988 hasta el 20 de diciembre de 1993, acumulando un total de 46,14 semanas. Que el 1º de junio de 1994, se trasladó al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., motivada por lo que le indicó el asesor de la mentada sociedad, esto es, que el ISS “se acabaría”, perdiendo todo lo cotizado hasta el momento, aunado a que tendría más rendimientos en el nuevo régimen pensional y que podría pensionarse en el momento que deseara. Que en todo caso, no se le informaron las consecuencias del traslado de un fondo público a un fondo privado, tampoco se le entregó un plan de pensiones, ni se le habló sobre el derecho al retracto. Que solicitó ante las entidades demandadas se declarara la nulidad de su traslado, sin embargo, recibió respuesta negativa de cada una.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES²**

¹ Páginas 1 a 13 Archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 2 a 32 Archivo 08 del expediente digital.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y tampoco se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesto que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Además, que en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; agregó que con el formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 1994, el acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre

³ Páginas 3 a 38 archivo 08 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de noviembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 30 de mayo de 1994, del RPM al RAIS, a través de la AFP Protección S.A.; condenó a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución, los porcentajes que fueron destinados a gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPM, sin solución de continuidad y a recibir la devolución de los dineros ordenados en la sentencia, así como a computar las semanas cotizadas por la demandante en la historia laboral de Colpensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; impuso condena en costas a cargo de Protección S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las

circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE formuló recurso de apelación, aduciendo como sustento que, conforme al artículo 365 del CGP, se debe condenar en costas a la parte vencida en juicio, máxime si se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda; en ese orden, solicitó que se modifique la decisión, en el sentido de imponer costas de primer grado a cargo de Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora AMPARO LILIAN CALDERÓN GARCÍA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP

PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva; segundo, establecer si es procedente condenar en costas de primera instancia a la demandada COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar a la afiliada la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este

sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a

la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN S.A., quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (Página 31 archivo 07), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades,

permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la AFP demandada, pues fue clara al manifestar que al ingresar a trabajar a Protección como comercial, le entregaron el formulario de afiliación a dicha AFP y simplemente le dijeron que firmara tal documento, sin darle explicación adicional o asesoría sobre la mentada sociedad. Que trabajando en la AFP Protección solo recibió capacitación relacionada con el diligenciamiento de formularios de afiliación, pues sólo se dedicó a desempeñar dicha función, ya que las asesorías a los nuevos afiliados las realizaba la Directora comercial de la sociedad (Min. 24:04 – 39:32 archivo de audio y video 17 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Sin embargo, se tiene que el Juzgado de Conocimiento no ordenó expresamente la devolución de los descuentos por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes con la debida indexación a cargo de la AFP demandada, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia en ese aspecto.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicó que: “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que

cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandante manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de condena en costas procesales de primera instancia en contra de Colpensiones. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, pues solo en el evento de que la demanda prospere parcialmente, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala desacertada la decisión del Juez A quo de no condenar en costas a la parte demandada, toda vez que de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, la posición de la demandada Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, además fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia dada la prosperidad del recurso de apelación de la demandante.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 14 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes descontadas a la actora, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la sentencia del 14 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

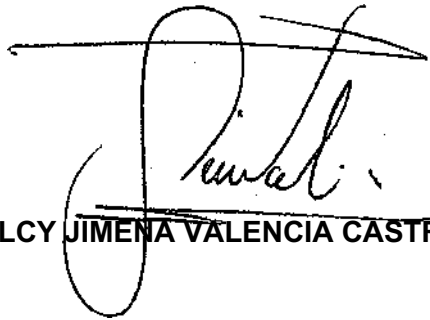
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí

estudiada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2022-00275-02
DEMANDANTE:	ELIZABETH PAREDES MOSQUERA.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 29 de noviembre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
-DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la DEMANDANTE y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 29 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIZABETH PAREDES MOSQUERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A, AFP SKANDIA. S.A, AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A**, con radicado No. **11001-31-05-020-2022-00275-01**.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las ventajas y desventajas de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos, gastos de administración y aportes a seguros previsionales, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 12 de mayo de 1964 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de marzo de 1990 hasta septiembre de 1994. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a PORVENIR S.A. a partir de septiembre de 1994. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión en el RAIS. Que los asesores de PORVENIR S.A. y luego los traslados horizontales a SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de traslado no le elaboró una proyección real de la pensión en cada uno de los regímenes. De igual forma, ninguna de las administradoras privadas le informó acerca de la diferencia en la distribución de aportes a pensión existente entre los dos regímenes pensionales, ni antes de su afiliación ni durante todo el tiempo en que estuvo afiliado.

Por último, señala que el 5 de abril de 2022, elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES para que declarará la nulidad de

¹ Folios 0-1- 15 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

afiliación al RAIS y su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, recibió respuesta negativa mediante comunicación del 6 de abril del mismo año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Igualmente, señaló que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010; ni con la previsión del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual reza: *“Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad

² archivo 07 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

social de orden público, inexistencia del derecho a reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.³ con frontal oposición a las pretensiones adujo que, la afiliación de la demandante al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que dicho acto se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la actora y PROTECCIÓN S.A.

Formuló las excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la genérica y traslado de aportes.

COLFONDOS S.A.⁴

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional previsto en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de

³ archivo 09 del ED.

⁴ . Folios 01-113 archivo 15 del ED.

ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SKANDIA S.A.⁵ con frontal oposición a las pretensiones adujo que, la demandante presenta cinco vinculaciones a SKANDIA S.A., siendo un acto que provino de la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS. Así mismo, que la elección libre y voluntaria, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos.

Formuló las excepciones de fondo; SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, gastos de administración, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de noviembre del 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ELIZABETH PAREDES MOSQUERA, el 26 de septiembre de 1994 al FONDO PENSIONAL SKANDIA S.A, y los posteriores traslados horizontales que se hicieron a las administradoras privadas AFP PORVENIR, AFP SKANDIA, PROTECCION Y COLFONDOS, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y

⁵ archivo 06 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

*muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la administradora AFP COLFONDOS S.A., como actual fondo pensional de la actora, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ELIZABETH PAREDES MOSQUERA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, para que COLPENSIONES, realice la actualización de la historia laboral y proceda al reconocimiento de la pensión de vejez si a ello tuviese derecho la demandante. **CUARTO: CONDENAR** en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A, AFP SKANDIA. S.A, AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A, a favor de la demandante. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte. De otra parte, se abstiene de efectuar condena en costas a la demandada AFP SKANDIA, en tanto que la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA, no concurrió al proceso (..).*

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración del consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES por su parte, indicó que actuó conforme a derecho y se trata de un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del RPM al RAIS. También, señaló que la actora no logró demostrar que existió vicios del consentimiento como dolo, error o fuerza para la fecha de afiliación al RAIS, esto es, en el mes de septiembre de 1994 y de igual forma que la actora se encuentra dentro de la prohibición de los diez años para traslado entre regímenes según lo instruido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789-2002. Por último, aduce que no está conforme con la condena en costas impartida por el Juez de primera instancia.

DEMANDANTE. Formuló recurso de apelación de forma parcial, en el sentido que se debe condenar a las administradoras privadas a devolver a Colpensiones los aportes por concepto de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados. Como soporte de lo anterior, citó la sentencia SL 3537-2021.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de

Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ELIZABETH PAREDES MOSQUERA al régimen de ahorro individual administrado por la Administradora COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. De igual forma si es procedente absolver a COLPENSIONES de las costas procesales impartidas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus

ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es un administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que la demandante firmó la solicitud de vinculación al RAIS mediante la A.F.P. PORVENIR S.A. el 26 de septiembre de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1 de octubre de 1994, luego se trasladó a SKANDIA S.A. el 16 de julio de 1998 con fecha de efectividad a partir del 1 de septiembre de 1998, posteriormente se trasladó a

PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero de 2002, luego efectuó traslado a COLFONDOS S.A. el 9 de julio de 2004, para retornar a SKANDOA S.A. el 15 de noviembre de 2006, luego se trasladó a PORVENIR S.A. el 14 de septiembre de 2007 y nuevamente retornó SKANDIA S.A., nuevamente la demandante retornó a PORVENIR S.A. el 1 de octubre de 2012 y se trasladó SKANDIA S.A. el 18 de abril de 2013, posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 14 de febrero de 2014 para retornar a SKANDIA el 28 de agosto de 2014 hasta la fecha (pág.87 archivo 6 del expediente digital), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, sin que se pueda deducir del mismo que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a

juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S.A. en el mes de septiembre de 1994, laboraba para la empresa COCELCO S.A.S siendo abordada por un asesor de forma individual en el puesto de trabajo con una duración aproximada de quince minutos, que el asesor llegaba con los datos ya suscritos en el formulario de afiliación y solo faltaba era la rúbrica para el traslado. Adujo, que nunca recibió información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Alegó, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes voluntarios para incrementar su mesada pensional. Señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de

tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, atendiendo al recurso de apelación formulado por la parte demandante y el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se adicionará la decisión de la *A quo* en cuanto ordenar a COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, los gastos de administración, los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además

de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL 1363 DE 2022).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos

constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de ésta entidad durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación en ordenar a COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. En lo demás la sentencia será conformada en su totalidad.

Costas en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 29 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que **COLFONDOS S.A. PORVENIR**

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

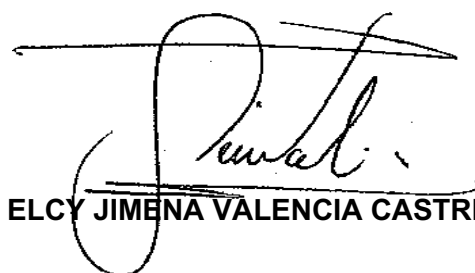
S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. deberá trasladar a **COLPENSIONES** los valores correspondientes por gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía de pensión mima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia durante los periodos en que estuvo afiliada **ELIZABETH PAREDES MOSQUERA**, y que al momento de cumplirse la orden de traslado o la devolución de los mismos deben estar debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, concepto que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-016-2021-00349-01
DEMANDANTE:	LUZ MYRIAM VARGAS BERNAL
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 4 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes – muerte de pensionado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en contra de la sentencia del 4 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ MYRYAM VARGAS BERNAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-016-2021-00349-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la sustitución pensional a partir del 27 de noviembre de 2020, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge German Guevara Cárdenas, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y; costas procesales. Como pretensión subsidiaria, en caso de no salir avante los intereses moratorios se ordené a Colpensiones a efectuar la indexación integral de los valores objeto de condena.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la señora Vargas Bernal que a su cónyuge fallecido le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resoluciones Número 126234 del 11 de noviembre de 2011 y GNR 462 del 2 de enero de 2017. Que, el señor German Guevara Cárdenas falleció el 27 de noviembre de 2000. Expuso, que el 5 de noviembre de 1988 contrajo matrimonio católico en la Parroquia Madre del Salvador, y que de dicha unión procrearon dos hijos de nombres Santiago Vargas Guevara y Juan Sebastián Vargas Guevara.

Agregó, la demandante que convivió bajo el mismo techo con el señor German Guevara Cárdenas hasta el año 2009, es decir por un espacio superior de 21 años. Que los lazos de apoyo económico, ayuda mutua, solidaridad, acompañamiento espiritual y comunidad de vida se mantuvieron entre los cónyuges hasta el momento del fallecimiento de German Guevara Cárdenas. Por último, que solicitó a la AFP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero esta le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa expuso que la demandante no acreditó el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del año 2003, esto es, haber convivido con el causante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, tal como se consagró en la investigación administrativa realizada por Colpensiones

¹ Archivo 05 Carpeta 01 Expediente Digital

² Archivo 06 Carpeta 01 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de agosto de 2023, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la sustitución pensional, en calidad de cónyuge supérstite del causante pensionado señor German Guevara Cárdenas a partir del día siguiente del fallecimiento del mismo, esto es desde el veintiocho (28) de noviembre del año 2020 junto con sus respectivos reajustes anuales de ley y mesadas adicionales a las que haya lugar, junto con la indexación de las mesadas pensionales, absolvió a la administradora de los intereses moratorios, declaró no probadas la excepciones y gravó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló, como hechos ciertos i) la calidad de pensionado del causante mediante Resolución No. 126234 del 11 de noviembre de 2011 expedida por Colpensiones, mesada que equivale a \$1.168.746, luego la prestación fue reliquidada a través de la Resolución GNR del 2 de enero de 2017, mesada que fue elevada para el 23 de diciembre de 2013 en cuantía de \$1.504.583, ii) la fecha de deceso del causante, esto es, el 27 de noviembre de 2020 y iii) la data de celebración de matrimonio, el 5 de noviembre de 1988, vínculo que se mantuvo vigente hasta la fecha de deceso del señor Guevara Cárdenas. Explicó, que es a partir de la fecha de deceso del causante 27 de noviembre de 2020, la que establece las normas que gobierna la sustitución pensional, y para el sub judice es la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones del art. 12 de la ley 797 de 2003. Que a la parte activa le corresponde demostrar que convivió con el causante no menos de cinco años en cualquier tiempo al encontrarse vigente el vínculo conyugal.

Adujo, que, de conformidad a los medios probatorios arrojados al plenario, como las declaraciones extraprocesales, y las manifestaciones efectuadas por los deponentes Santiago Guevara Vargas y Juan Sebastián Guevara Vargas, dan fe de una convivencia ininterrumpida por un espacio de veinte años, convivencia que inició en el año 1988 y terminó en el año 2009. En conclusión, encontró el Juez de instancia que de acuerdo a las reglas

jurisprudencias a la actora en calidad de cónyuge le bastaba únicamente probar cinco años de convivencia en cualquier tiempo y se demostró una convivencia efectiva por más de veinte años con lazos de solidaridad y de ayuda mutua.

Negó el pago de los intereses moratorios, bajo el argumento que la posición de Colpensiones de negar el derecho de sustitución pensional a la demandante tenía un soporte legal y la concesión por vía judicial se da por un cambio jurisprudencial.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes debido a que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello, ya que no logró acreditar los últimos cinco años de convivencia que se establecen en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. En consecuencia, al existir una separación de cuerpos en el año 2009, no se cumple con el requisito de convivencia previamente establecido en la norma ibidem.

La parte **DEMANDANTE** elevó recurso de forma parcial, en lo relativo a la negativa de concederse los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Argumentó, que la jurisprudencia desde el año 2000, ha venido señalando que la cónyuge sobreviviente con vínculo vigente solo debe demostrar cinco años en cualquier tiempo y no los últimos cinco años como erróneamente lo señaló en sede administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si la señora LUZ MYRIAM VARGAS BERNAL tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de German Guevara Cárdenas (Q.E.P.D.); segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor German Guevara Cárdenas (Q.E.P.D.), falleció el 27 de noviembre de 2020, según se desprende del registro civil de defunción³; **2.** Que el causante fallecido, era pensionado por vejez, según Resolución 126231 del 11 de noviembre de 2011, efectiva a partir del 31 de julio de 2008 cuantía equivalente a \$1.168.746⁴. **3.** Que mediante Resolución GNR 462 del 2 de enero de 2017, la demandada reliquidó la prestación de vejez pagada a favor del causante a partir del 23 de diciembre de 2013, en cuantía de \$ 1.504.583.⁵ **4.** Que la actora y el pensionado fallecido contrajeron matrimonio el 5 de noviembre de 1988, según registro civil de matrimonio No. serial 05542294.⁶ **5.** Que la demandante presentó reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, el 19 de enero de 2021, la cual le fue negada a través de Resolución SUB 55453 del 2 de marzo de 2021⁷.

La pretendida pensión de sobrevivientes la consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003, señala:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que

³ Folio 17 archivo 01 del ED.

⁴ Folios 3 a 4 archivo 18 del ED.

⁵ Folios 1 a 10 archivo 18 del ED.

⁶ Folio 18 del archivo 01 del ED.

⁷ Folios 47-50 archivo 017 del ED.

la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...”

Aclarado lo anterior, frente al derecho de la demandante al pago de la sustitución pensional, como se estableció el causante falleció el **27 de noviembre de 2020** por lo que las normas que gobiernan la situación pensional de la accionante, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, normas que consagran que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la cónyuge, “o la compañera o compañero permanente o supérstite” quien deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y **haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**. Criterio que fue recordado en la Sentencia Radicado SL 1399 de 2018.

Continuando en esa senda, considera esta Sala, que si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de la cónyuge no menos de cinco (5) años ininterrumpidos en cualquier tiempo.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL4227-2021, en la cual señaló, lo siguiente:

“Frente a pensionados fallecidos, esta Corte tiene adoctrinado que, aunque es verdad que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contempla que, para ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, tanto la cónyuge como la compañera deben acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante durante al menos cinco años continuos inmediatamente anteriores al deceso; también es cierto que, la Sala de Casación Laboral al efectuar una interpretación de dicha norma en concordancia con el literal b) ibidem, ha sostenido que la o el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente puede acceder al derecho pensional al demostrar el requisito de los cinco años en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social.”

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala comparte lo considerado por el A quo en relación con la convivencia de la promotora de la acción con el pensionado fallecido, pues se demostró una relación con vocación de permanencia, toda vez, que los medios de prueba practicados enseñan

fehacientemente que la pareja convivió por un lapso muy superior al exigido por la norma, en razón a que los testimonios recaudados dentro del juicio; primero, son prueba contundente de la convivencia y; segundo, los mismos se ratifican con la prueba documental recaudada, conforme se pasa a explicar:

Ahora, dentro del proceso se escuchó la declaración de Santiago Guevara Vargas ocupación secretario de la facultad de ciencias económicas de la Universidad del Bosque. Expuso que el causante era su progenitor y la demandante su señora madre. Frente a la pregunta que sabe de la convivencia de sus padres, contestó que convivieron toda su infancia y juventud en el barrio Galán hasta el año 2009. Depuso, que dejaron de convivir en familia por un problema de drogadicción de un medio hermano, específicamente un hijo de su papá, en consecuencia, la demandante decidió que por seguridad de los demás miembros de la familia dejaran de dormir en la misma casa, sin embargo, su señor padre siempre estuvo pendiente de su mamá hasta el momento de su muerte, apoyándola económicamente con el arriendo de la casa, con el estudio de sus hijos, mercados.

Resaltó, que el causante falleció con ocasión de un cáncer de próstata diagnosticado desde el 2017, y desde esa fecha la demandante estuvo pendiente en su proceso convalecencia, cirugías, citas medias, solicitud de medicamentos e insumos médicos hasta que falleció por un paro cardiorrespiratorio.

Lo anterior fue ratificado por el señor Juan Sebastián Guevara Vargas, quien actualmente se desempeña como ingeniero industrial en la ciudad de Bogotá. Adujo, que la demandante es su señora madre y el causante era su padre. Depuso, que tiene 32 años y que sus padres convivieron por más de veinte años en el Barrio Galán en la ciudad de Bogotá. Indicó, que su núcleo familiar estaba conformado por cuatro hijos y sus padres, ratificando que, en el año 2009, data en la que contaba con 21 años de edad, su madre decidió que por seguridad de él y su hermano menor no podían dormir en la misma casa porque su medio hermano mayor era drogadicto y la convivencia era muy difícil. Señaló, que sus padres nunca se separaron, que cuatro años antes de su muerte fue diagnosticado con cáncer de próstata y fue desahuciado porque el cáncer había hecho metástasis, que la persona que lo acompañó en los cuidados paliativos, citas médicas y reclamación de medicamentos fue su señora madre.

Las anteriores declaraciones guardan precisión y no son contradictorias frente a lo expuesto por la actora al momento de absolver interrogatorio, en su declaración manifestó que sus estudios son técnicos y se desempeña como ama de casa. Frente a la convivencia con el señor Guevara Cárdenas contestó que vivieron juntos en la carrera 52B 2A-36 del Barrio Galán en la Ciudad de Bogotá, desde el momento que se casaron en el año 1988 hasta el año 2009. Adujo, que a pesar que dejaron de convivir en la misma casa por los problemas de drogadicción de su hijo mayor, nunca se separaron y siempre mantuvieron vigente su vínculo matrimonial. Explicó, que siempre estuvo con su esposo acompañándolo en sus quebrantos de salud, desde el momento en que le diagnosticaron cáncer de próstata hasta su fallecimiento.

Por otro lado, se tiene la declaración extra procesal de la señora Olga Lucia Torres Niño, quien declaró que conoció al causante desde hace aproximadamente 40 años y le consta que su estado civil era casado con sociedad conyugal vigente con la señora Luz Myriam Vargas Bernal, que de dicha unión nacieron dos hijos de nombre Juan Sebastián Guevara Vargas y Santiago Guevara Vargas. Así mismo, que le consta que convivieron durante doce años, compartiendo mesa, techo y lecho. En los mismos términos, se cuenta con la declaración extra procesal de Jesús Antonio Chala Velásquez quien expuso que conoció al causante porque fueron vecinos y amigos. Que le consta que se casó con la demandante el 5 de noviembre de 1988, y que convivieron en la misma casa compartiendo techo, lecho y mesa por un espacio superior a doce años.

Bajo los anteriores derroteros, se demostró una convivencia efectiva en los términos señalados por la jurisprudencia, por un espacio considerable por más de veinte años, mantuvieron una relación de pareja con lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, pues es de recordar que la totalidad de los declarantes manifestaron esos lazos de apoyo sentimental y económico del fallecido German Guevara Cárdenas, solidaridad que fue correspondida por la demandante, quien expresó que acompañó al causante durante todos los años de padecimiento y desahucio de su enfermedad terminal. En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia de reconocer y pagar a favor de LUZ MYRIAM VARGAS BERNAL la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del pensionado Guevara Cárdenas.

Por otra parte, no escapa la atención de esta Sala de Decisión, que el Juez de primer grado, no materializó el derecho sustancial deprecado, pues no concretó la condena impartida a la parte demandada, ni ofreció los parámetros para su liquidación, dado que su actividad jurisdiccional en dicho punto, se circunscribió a ordenar el pago del derecho suplicado, comportamiento este que no se ajusta a los lineamientos proscritos en materia laboral y de seguridad social, por cuanto los Jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, dado que éstas no pueden quedar en manera alguna al arbitrio de un tercero o de la misma parte vencida en juicio, tal como se dispone en el art. 283 del CGP aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social, por remisión del art. 145 del CPTSS, lo anterior, sin perjuicio, que en casos particulares, los operadores judiciales determinen los parámetros bajo los cuales debe hacerse la cuantificación de las condenas, circunstancia que no es la que acaece en autos, pues, contaba con todos los elementos de juicio para cuantificar el valor de la prestación.

Entonces, se tiene que las mesadas a reconocer, desde el 28 de noviembre de 2020 hasta el 31 de enero de 2024 inclusive, suman \$92.998.083, en los términos del artículo 283 del CGP. En ese sentido se completará la decisión de primer grado. La liquidación de retroactivo pensional es la siguiente:

AÑO	INCREMENTO %	N° DE MESADAS	VALOR DE LA MESADA		TOTAL
2020	3,80%	2,2	2.001.261		4.402.774
2021	1,61%	13	2.033.481		26.435.256
2022	5,62%	13	2.147.762		27.920.914
2023	13,12%	13	2.429.548		31.584.129
2024	9,28%	1	2.655.010		2.655.010
				TOTAL	92.998.083

Teniendo en cuenta lo anterior, se adiciona el numeral primero de la sentencia del 4 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis del Circuito de Bogotá, en el sentido de liquidar el retroactivo pensional en favor de LUZ MYRIAM VARGAS BERNAL y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la suma de \$ **\$92.998.083**, a razón de 13 mesadas anuales desde el 28 de noviembre de 2020 al 31 de enero de 2024. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

En relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sentencia 33.161 del 31 de marzo de 2009). Esto, siempre y cuando no existe justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que Colpensiones negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, aduciendo que no se demostró una convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores a la muerte del deceso del causante, toda vez, que desde la expedición de la Resolución SUB55453 del 2 de marzo de 2021, que negó el reconocimiento de la sustitución pensional, la administradora convocada reconoció que la demandante y el causante convivieron bajo el mismo techo por espacio aproximadamente de doce años, tiempo superior a los cinco años en cualquier tiempo exigido por jurisprudencia patria.

De igual forma, no es de recibo el argumento esbozado por el Juez de primera instancia, que la negativa estaba fundada en un cambio jurisprudencial, pues la doctrina reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **desde las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 agosto de 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, CSJ SL1730-2020** ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, para el cónyuge es de cinco años en cualquier tiempo y para compañero o compañera permanente, es de los últimos cinco años anteriores de la muerte, en los casos que el causante de la prestación es un pensionado. En gracia de discusión, la negativa de reconocimiento no obedece a un cambio de

criterio jurisprudencial, pues dicha entidad pudo prever que para la época en la que fue presentada la solicitud de sustitución pensional (19 de enero de 2021), tales lineamientos no han sido modificados.

Así las cosas, la demandante elevó solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional el 19 de enero de 2021, por lo que el término con el que contaba la Administradora Colombiana de Pensiones para reconocer el derecho a la sustitución pensional vencía el 19 de marzo de 2021, sin embargo, dicha entidad no cumplió con esa obligación, lo que significa que se ordenará a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios a partir del 20 de marzo de 2021 hasta que se haga efectivo el pago de la obligación.

Por último, los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales, pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluida en estos. (SL 3128-2023). En ese sentido se modificará el ordinal segundo para ordenar únicamente el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En síntesis, la demandante demostró que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite en un porcentaje del 100% a partir del 28 de noviembre de 2020, al cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003. Así mismo, la sentencia será revocará parcialmente en el sentido de liquidar el retroactivo pensional a partí del 28 de noviembre de 2020 hasta el 31 de enero de 2024, y ordenar el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia del 4 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis del Circuito de Bogotá, en el sentido de liquidar el retroactivo pensional en favor de LUZ MYRIAM VARGAS BERNAL y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la suma de \$ **\$92.998.083**, a razón de 13 mesadas anuales desde el 28 de noviembre de 2020 al 31 de enero de 2024. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 4 de agosto de 2023, para en su lugar, ordenar a COLPENSIONES a pagar únicamente a favor de LUZ MYRIAM VARGAS BERNAL los intereses moratorios a partir del 20 de marzo de 2021 hasta que se haga efectivo el pago de la obligación. En ese sentido, ante su incompatibilidad se revoca la orden de indexación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-018-2021-00357-01
DEMANDANTE:	ALFONSO SOTO JAVELA.
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 28 de noviembre 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 28 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ALFONSO SOTO JAVELA** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-018-2021-00357-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES incluidos rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que nació el 24 de septiembre de 1966, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de agosto de 1994 hasta el 31 de marzo de 1996, para un total de 26 semanas cotizadas. Que en la última data se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., afiliación que se dio con omisión del deber de información, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que elevó petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que la información fue suficiente, completa y veraz, sin omitir la verdad, se informó al

¹ Fs. 1-14 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-34 Archivo 012 Expediente Digital

demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación. Insistió, que el traslado efectuado el 1 de junio de 2002., fue producto de una decisión libre e informada, luego de que recibiera información de manera clara, precisa y veraz.

Propone como excepciones de fondo: buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y petición especial.

COLFONDOS⁴

La Administradora de igual forma se opuso a todas las pretensiones bajo el argumento que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación

³ Fs. 2-28 Archivo 13 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-120 Archivo 11 Expediente Digital

y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de noviembre de 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor ALFONSO SOTO JAVELA identificado con cédula de ciudadanía Nro. 93.343.866, a la AFP Invertir Sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías que posteriormente paso hacer parte de Horizonte S.A entidad que fue fusionada por absorción por PORVENIR, efectuada el 6 de marzo de 1995 vinculación que quedo registra en el SIAF para el 1 de octubre de 1996 con fecha de efectividad el 1 de diciembre de 1996, y consecuentemente declara la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada a COLFONDOS S.A realizada para el 28 de noviembre de 2005 con fecha de efectividad el 1 de enero de 2006, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales del señor ALFONSO SOTO JAVELA identificado con cédula de ciudadanía Nro. 93.343.866, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante señor ALFONSO SOTO JAVELA identificado con cédula de ciudadanía Nro.93.343.866, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR a la**

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 4 de agosto de 1994, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo”.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante de las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, inconforme con la totalidad de la sentencia, señaló que al demandante se le brindó suficiente información acerca del RAIS y las consecuencias de su traslado, que permaneció en dicho régimen por más de veinte años, lo que significa que pudo devolverse en cualquier tiempo antes de la prohibición de los diez años. Indicó, que la carga probatoria de demostrar esa falta de información recae en la parte actora y solamente se invertirá esa carga cuando se haya vulnerado alguna expectativa legítima al momento de efectuar su traslado al RAIS. Así mismo, que la orden de retorno al RPM afecta el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación frente a la orden de devolución de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, adujo que dichas sumas no están destinadas a financiar la prestación de vejez del acto, conforme a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Por último, tampoco es dable ordenar la indexación de las referidas sumas al no perder

poder adquisitivo, pues de ordenarse incrementaría el patrimonio de Colpensiones sin justa causa.

La demandada **COLFONDOS S.A.** recurrió de igual forma la sentencia, aduciendo que no existió ningún tipo de vicio en el consentimiento libre y voluntario del demandante en trasladarse a COLFONDOS S.A., además que tuvo la oportunidad de asesorarse e indagar acerca de las características del RAIS. Adujo, que solo se preocupó de su futuro personal en el momento en que se encontraba dentro de la prohibición de los diez años establecida en la Ley 100 de 1993. También, indica que debe revocarse la orden de devolución de gastos de administración pues se tratan de emolumentos que no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez, tal como ocurre en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, que se revoque la condena en costas de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ALFONSO SOTO JAVELA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es viable absolver a COLFONDOS S.A. de la condena en costas impuesta en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora**

tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del**

CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, la solicitud de vinculación a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** de fecha 1 de octubre de 1996 con fecha de efectividad a partir del 1 de diciembre de 1996, luego se trasladó a COLFONDOS S.A. el 18 de noviembre de 2005 con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2006 (pág. 22 Archivo 011 ED), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios

de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a **COLFONDOS S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en indicar que inició cotización en el Régimen de Prima Media desde el año 1994, posteriormente se trasladó al RAIS porque fue abordado por asesores de Horizonte hoy Porvenir S.A. en una reunión individual pero corta para que se trasladará al RAIS porque el Instituto de Seguro Social se iba acabar y con ello desaparecían sus aportes. Que se trató de una asesoría muy corta, donde no le indicaron las características del régimen, el derecho al retractor, las supuestas ventajas que tendría al cambiarse de régimen, ni tampoco la edad para pensión. Agregó, que no le explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni como financiaba la pensión y que la misma dependía de múltiples factores adicionales a la edad y tiempo.

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como: la SL17595-2017, SL4989-2018, y en la del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos

e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar **PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la parte actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de

administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*”.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de COLFONDOS S.A. relativo a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de ésta entidad durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en el recurso de apelación y demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLFONDOS S.A de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

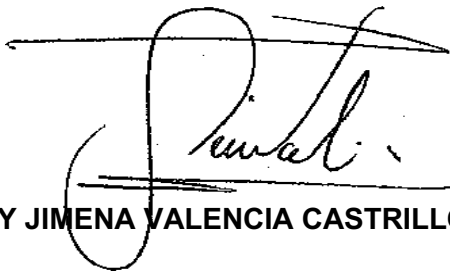
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2015-00405-01
DEMANDANTE:	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
DEMANDADO:	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 16 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro aportes en salud
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandante, respecto de la sentencia del 16 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** contra la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y **CONSORCIO SAYP 2011** con radicado No. **11001-31-05-023-2015-00405-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La entidad promotora de la presente acción pretende se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA y al CONSORCIO SAYP 2011 a reintegrar todos y cada uno de los aportes y cotizaciones por salud, efectuados por los vinculados al sistema propio de salud de la UNISALUD, concretamente los aportes de los afiliados cotizantes los de sus cónyuges o compañeros permanentes, cuando éstos tengan una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales estén obligados a aportar en salud desde el 19 de octubre del 2005 hasta la fecha en la que cesó el recaudo que venía realizando al SGSSS a través del FOSYGA debidamente indexados; de igual forma, se ordene a la parte pasiva a reconocer y pagar intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, calculados desde la fecha de recaudo, esto es, el 19 de octubre del 2005 hasta que se cumpla con la obligación de reembolso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que por disposición legal la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA tiene un regimen especial o exceptuado en salud, que mediante los Acuerdos No. 69 de 1997 y 024 del 2008 se organizó la Unidad de Servicios de Salud de la Universidad Nacional de Colombia – UNISALUD, para la administración y gestión en el aseguramiento en salud de sus afiliados, a través de la gestión del riesgo.

Refiere que el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, con la expedición de la Resolución No. 3577 del 12 de octubre del 2005 precisó sobre “(...) *algunos aspectos del procedimiento de pago integrado realizado a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes*”, que en su artículo 3º dispuso: “...Aclarar que las Universidades que, en virtud de lo previsto en la Ley 647 del 2001, hubieren optado por crear un sistema propio de seguridad social en salud se aplica en su integridad lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002

¹ Folios 86 al 104 archivo “01ExpedienteDigital”, primera instancia
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

respecto del pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Que la mentada norma fue demandada en acción pública de nulidad ante el Honorable Consejo de Estado, bajo los cargos de violación de la ley, incompetencia, falsa motivación y expedición irregular, que mediante providencia del 14 de agosto del 2008 el Consejo de Estado suspende provisionalmente el artículo 3º de la Resolución No. 3577 del 2005 y que mediante sentencia del 12 de julio del 2012 la Sección Segunda del Consejo de Estado Subsección A con ponencia del Honorable Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, decide declarar la nulidad del mentado artículo de la Resolución 3577 del 2005.

Asegura que el acto administrativo declarado nulo, causó enormes perjuicios y graves daños a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, pues los aportes que eran recaudados por UNISALUD antes de la expedición de la mentada resolución, fueron destinados al SGSSS a través del FOSYGA, debiendo la parte activa asumir la carga de garantizar la atención integral en salud de las personas afiliadas al regimen especial, sin recibir los correspondientes aportes en salud.

Realizó cuadro comparativo donde enseñó los ingresos obtenidos por UNISALUD antes de la entrada en vigencia de la resolución declarada nula destacando la disminución del recaudo y, sostuvo que, a pesar de la suspensión provisional ordenada por el Consejo de Estado, el Ministerio demandado continuó realizando el recaudo ello a pesar de las reiteradas solicitudes para la adopción de medidas con el fin de que UNISALUD pudiera realizar el recaudo de los aportes a salud.

Finalmente señaló que el 28 de julio del 2014 presentó petición ante el CONSORCIO SAYP 2011 solicitando información relacionada con los afiliados a UNISALUD, que después de promover acción de tutela se le brindó información respecto la afectación económica y perjuicios ocasionados a la Universidad los cuales calculados del 2008 al 2015 ascienden a la suma de \$34.260.302.171,47., en razón a los aportes realizados por los cotizantes con segundos empleadores

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

y los beneficiarios cónyuges, que el 11 de noviembre del 2014 solicitó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación la cual fue declarada fallida el 02 de diciembre del 2014.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada CONSORCIO SAYP 2011 luego de hacer un recuento normativo respecto del vínculo con el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL para la administración de los recursos del FOSYGA cuya ejecución inicio el 03 de octubre del 2011, manifestó que a pesar de que las Universidades Públicas no se encuentran expresamente consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, estas también hacen parte de los regímenes exceptuados en materia de salud de conformidad con lo dispuesto en la Ley 645 de 2001 que les permitió organizar su propio sistema de salud.

Precisó, que cuando una persona perteneciente a un régimen de excepción y tenga ingresos adicionales sobre los cuales este obligada a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993 artículo 53) su empleador o el mismo si se trata de trabajador independiente, deberá efectuar dicha cotización al fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA), y en este caso, el encargado de prestar los servicios asistenciales será el régimen de excepción y las prestaciones económicas estarán a cargo del SGSSS cubiertas por el FOSYGA en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes.

Reiteró que las personas pertenecientes a las Fuerzas Militares, Policía vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los servidores públicos y pensionados de Ecopetrol y Universidades Públicas que se acogieron a la Ley 647 de 2001, con ingresos adicionales debían realizar aportes al FOSYGA.

² Folio 113, archivo “01ExpedienteDigital”, primera instancia
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Finalmente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por la parte activa y propuso como excepciones las que denomino falta de legitimación por pasiva, imposibilidad jurídica, prescripción, inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación indemnizatoria – ausencia de nexo causal, improcedencia de la acción de enriquecimiento sin justa causa e innominadas.

Por su parte, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL a través de apoderado judicial señaló no constarle varios de los hechos narrados en el escrito introductor, de igual forma, se opuso a las pretensiones de la demanda y, destacó la obligación de los afiliados cotizantes a los regímenes de excepción, su cónyuge, compañero o compañera permanentes, de cotizar al sistema general de seguridad social en salud cuando tengan una relación laboral o ingresos adicionales, afirmó que dicha obligación no fue impuesta en virtud de la Resolución 3577 de 2005 ni tiene su fundamento en ella, sino en las normas propias de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios como son el 806 de 1998 y 1703 de 2002.

Destacó que la norma vigente del régimen especial de salud de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA es el Acuerdo 024 del 2008 que en su Parágrafo 2º del artículo 18 admite la obligatoriedad de la afiliación y cotización al régimen contributivo del SGSSS, y en restringir de manera discrecional la admisión al sistema de la Universidad a los beneficiarios que, por sus ingresos estén obligados a afiliarse y cotizar al régimen contributivo del SGSSS, previsión ésta que tiene el carácter determinante de reconocer la aplicación de las reglas propias del SGSSS del cual se predican exceptuados.

Por lo anterior, señaló que en el presente caso no existe un daño antijurídico imputable al Estado, un perjuicio, daño causado o nexo causal, por lo tanto, no se encuentran configurados ni estructurados los elementos que den lugar a la declaración de responsabilidad de perjuicios solicitada por la demandante respecto del Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de agosto de 2023, resolvió absolvió al ADRES y al CONSORCIO SATP 2011, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva, condenó en costas a la entidad demandante.

El Juez de primera instancia consideró que conforme dispuesto el Acuerdo 69 de 1997 en su numeral 10º la Universidad Nacional de Colombia debe asumir la responsabilidad de prestar los servicios de salud con eficiencia de manera universal a todos los servidores y pensionados con plena observancia del principio de solidaridad, pues continuara transfiriendo un punto de la cotización al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficios del régimen subsidiado, que al no estar incluida dentro de la previsión legal del artículo 236 de la Ley 100 de 1993, es competente en relación con su caja de previsión social para acogerse a las opciones de transformación en empresa promotora de salud en liquidación o de adaptarse al nuevo sistema como se autorizó en su momento en virtud del Decreto 0404 de 1996, mantenerla o transformarla o para crear una dependencia diferente de ella con el fin de asegurar sin interferencias del poder público el desarrollo de sus políticas y programas de bienestar para sus servidores así como para decidir su contribución al fondo de solidaridad y garantías, establecido por la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, sostuvo que para resolver la presente Litis se hace necesario traer a colación el Decreto 1703 del 2002 que en su artículo 1º dispuso: *“objeto: el presente decreto establece reglas para controlar y promover la afiliación y el pago de aportes en el sistema de seguridad social en salud de manera que garantice los recursos que permitan desarrollar la universalidad de la afiliación”*, de igual forma, trajo a colación lo dispuesto en el artículo 14 del mentado Decreto.

³ Archivo 59 expediente primera instancia
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Destacó el Decreto 057 del 14 de enero del 2015, que, aunque fue expedido con posterioridad modificó el artículo 14 del Decreto 1706 del 2002 para establecer que:

“Las personas que se encuentren excepcionadas por Ley para pertenecer al sistema general de seguridad social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 /93, no podrán estar afiliados simultáneamente a un régimen especial o de excepción y al sistema general de seguridad en salud como cotizantes o beneficiarios o utilizar paralelamente los servicios de salud en ambos regímenes, cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen especial o de excepción o su cónyuge o compañero permanente tengan una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales este obligado cotizar al sistema de seguridad social en salud el aportante deberá efectuar la respectiva cotización al fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del régimen especial o de excepción y las prestaciones económicas a cargos del sistema de seguridad social en salud, serán cubiertas por el FOSYGA en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes, para tal efecto el empleador hará los trámites correspondientes”.

Refiere que la Corte Constitucional en sentencia C-1027 del 2002 dio claridad respecto los regímenes especiales de que trata el artículo 279 de la Ley 100 del 93, que el artículo 3º del la Resolución 3577 del 2005, tenía el único propósito de aclarar el sentido del artículo 14 del Decreto 1706 del 2002, como lo mismo dice el Consejo de Estado, resolución que fue declarada nula por el Consejo de Estado, destacando que el artículo 14 del Decreto 1706 del 2002, aun continua vigente.

Recordó que el artículo 14 del Decreto 1706 del 2002 dispone que:
“Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales este obligado a cotizar al sistema general de seguridad social en salud su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el ministerio de salud.”,

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Lo anterior, con fundamento en los principios de universalidad y solidaridad que fundamentan el sistema general de seguridad social en salud, interpretación que fue ratificada con la expedición del Decreto 057 del 2014 y adicionalmente por el artículo 2.1.13.5 del Decreto 780 del 2016 compilatorio de los artículos 85 del Decreto 2353 del 2015 que dispuso lo siguiente:

“...régímenes exceptuados o especiales y la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, cuando la personas afiliada como cotizante a un régimen exceptuado o especial o su cónyuge, compañero o compañera permanente tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales este obligado a cotizar al sistema general de seguridad social en salud, deberá efectuar la respectiva cotización al fondo de solidaridad y garantía o quien haga sus veces, los servicios de salud, serán prestados a través del régimen exceptuado especial y podrán recibir prestaciones económicas que reconocen el sistema de seguridad social en salud en proporción al ingreso base de cotización por el que efectuó los aportes al sistema para tal efecto los aportantes tramitaran su pago ante el FOSYGA o quien haga sus veces...”.

Adujó que no existe justificación normativa constitucional o legal que permita establecer un trato diferenciado entre los regímenes exceptuados establecidos enunciativamente en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y los demás regímenes especiales como el de UNISALUD, razón por la cual los aportes adicionales de los afiliados como cotizantes a un régimen exceptuado o especial o su cónyuge o compañero permanente que tengan una relación laboral o ingresos adicionales como lo señala claramente los decretos anteriormente señalados y sobre los cuales estén obligados a cotizar al sistema general, por lo que dichas cotizaciones deberán efectuarse al Fosyga hoy Adres.

Finalmente, señaló que el perito fue claro en su interrogatorio al manifestar que el único objetivo del dictamen era establecer el valor de las cotizaciones y, que no le era dable establecer ninguna interpretación normativa, la cual le corresponde al Despacho.

RECURSO DE APELACIÓN⁴

La **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**, formuló recurso de apelación manifestando su inconformidad con lo esgrimido por el A quo, al considerar que existe una clara diferencia entre la obligatoriedad de los aportes y las cotizaciones que en su momento no obtuvo la Universidad, que en virtud de lo dispuesto en la Ley 647 del 2001 se estableció la posibilidad de recibir los aportes a salud como fuente de financiamiento sin excluir el aporte al SGSSS.

Refiere que con la expedición de la Ley 647 del 2001 se consagro un solo sistema especial en salud para las Universidades estatales u oficiales diferentes al régimen de excepción de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que fue por ello que se expidió la Resolución 3577 del 2005 con el cual se aclaró el artículo 14 del Decreto 1703 del 2002 porque no era clara la forma como se debía recibir las cotizaciones y aportes al sistema especial de seguridad social en salud de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** o de las Universidades estatales que se encuentran consagradas bajo la Ley 647 del 2001.

Destacó que a través de la referida resolución se le imposibilitó a la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** recaudar y hacer uso de la suma de dinero originadas por las cotizaciones en salud de sus afiliados, esto es, las cotizaciones en salud que deben realizar los afiliados cotizantes en razón de las relaciones laborales diferentes a la vinculación con la misma Universidad o por ingresos adicionales y por aquellas cotizaciones en salud que deben realizar los cónyuges o compañeros permanentes de los afiliados cotizantes en salud quienes en calidad de beneficiarios pertenecientes al grupo familiar de los afiliados que contaban con ingresos por relaciones laborales o actividades como independientes, las cuales eran recaudadas por salud antes de la expedición del mentado acto administrativo.

Afirma que la arbitrariedad del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL con la expedición de la Resolución No. 3577 del 2005 fue tal que el Consejo de Estado al revisar la legalidad de dicho acto lo declaro nulo, pues el

⁴ Archivo 033, expediente primera instancia. Record (01:40:00 a 02:34:45)
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ente Ministerial no era competente para legislar, que la resolución causo enormes perjuicios y graves daños a la Universidad al atribuirle la carga injustificada de garantizar la atención integral en salud de esas personas sin recibir a cambio los correspondientes aportes en salud que por ley le correspondían, aduce que existe una clara diferencia frente a la obligación legal en cuanto a la destinación de los aportes y las cotizaciones que deben recibir las Universidades oficiales.

Finalmente, reitero sobre la disminución en el ingreso de aportes que con la expedición de la Resolución No. 3577 del 2005 sufrió la Universidad y, sostuvo que el dictamen pericial no se encuentra encaminado a determinar una diferenciación normativa, no obstante, desde el punto de vista económico a efecto de determinar valores y cotizaciones se debe tener en cuenta el contenido del mismo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si

procede el reintegro de los aportes recibidos por el SGSSS a través del hoy ADRES, por los afiliados cotizantes y beneficiarios de la UNISALUD de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, que tenían relaciones laborales o ingresos adicionales entre los periodos del 19 de octubre del 2005 hasta la fecha en que se cumpla con el reintegro; la indexación de dichas sumas y los intereses de mora calculados desde el 19 de octubre del 2005 hasta que se cumpla el reembolso.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Sala de Decisión procese a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

La Ley 100 de 1993, en su Art. 279, estableció que: “...*El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley [1214](#) de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*”

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley [91](#) de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”.

En concordancia con lo anterior, la Ley 647 del 2001 que modificó el inciso 3 del artículo 57 de la ley 30 de 1992, estableció en su artículo 1º que: “...*El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social*”

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

en salud, de acuerdo con la presente ley...", de igual forma, la mentada ley estableció unas reglas para el sistema propio de seguridad social en salud, su organización, dirección, funcionamiento, administración, financiamiento, afiliados, beneficiarios, plan de beneficios y aporte de solidaridad.

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-767 del 2007 señaló que la mentada ley incorporó la facultad a las Universidades Públicas de tener su propia seguridad social, siendo instituciones que organizan, dirigen, administran y otorgan beneficios a sus afiliados, evidentemente que, en tratándose de un régimen especial, las instituciones universitarias que opten por su propio régimen de seguridad social, automáticamente se marginan del régimen común contemplado en la Ley 100 de 1993.

Respecto el financiamiento del sistema propio de salud de las Universidades estatales u oficiales, el artículo 2º de la Ley 647 del 2001 en su literal b) señaló que: *"...El sistema se administrará por la propia Universidad que lo organice y se financiará con las cotizaciones que se establezcan en los términos y dentro de los límites máximos previstos en el inciso 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. El sistema podrá prestar directamente servicios de salud y/o contratarlos con otras instituciones prestadoras de servicios de salud..."*.

Cabe mencionar que mediante Acuerdos 069 de 1997 y 024 de 2008 la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA organizó el funcionamiento de la Unidad de Servicios de Salud – UNISALUD de conformidad con lo dispuesto en la Ley 647 del 2001.

Empero, fue a través del Decreto 1703 del 2002, norma vigente para el momento en que suscito la Litis, que se adoptaron medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de los aportes en el SGSSS, que al respecto el artículo 14 de la norma en comento señaló que:

"...Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.

Si el cónyuge, compañero o compañera permanente del cotizante al régimen de excepción tiene relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización sobre tales ingresos directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los servicios asistenciales les serán prestados exclusivamente, a través del régimen de excepción y las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de Cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto, el empleador hará los trámites respectivos...” (Resaltos y negrillas propias).

Establecido el marco normativo aplicable al presente asunto, se abordará los motivos de inconformidad enunciados por la parte recurrente, para lo cual se hace necesario recordar que la parte pasiva a través de Resolución 3577 del 2005 pretendiendo dar claridad al artículo 14 del Decreto 1703 del 2002, dispuso en su artículo 3º “...Aclarar que a las Universidades que, en virtud de lo previsto en la Ley [647](#) de 2001, hubieren optado por crear un sistema propio de seguridad social en salud se aplica en su integridad lo previsto en el artículo [14](#) del Decreto

1703 de 2002, respecto del pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud...”

De suyo es conocido que dicha resolución fue declarada nula por el Consejo de Estado en proceso de nulidad conocido bajo radicación No. 11001-03-25-000-2008-00063-00(1782-08), al considerarse que “...el Ministro de la Protección Social a través de la Resolución 00357 de 2005 “aclaró un decreto”, lo cual a todas luces como se afirmó, evidencia la extralimitación de su competencia. En efecto, al incluir a las universidades como sujetos pasivos de autoliquidación y pago de la denominada Planilla integrada de Liquidación de Aportes invadió la órbita del Legislador, toda vez, que su competencia reglamentaria se circunscribe conforme al numeral 15 del artículo 2 del Decreto 205 de 2003, a regular lo pertinente al régimen ordinario de Seguridad Social Integral, y **no** a legislar sobre regímenes especiales o exceptuados, consagrado para esos entes en la Ley 647 de 2001.

En sustento de lo dicho se reitera como se expuso a lo largo de la providencia, que los aspectos relacionados con las universidades públicas o estatales tienen reserva legal y que solo al Presidente de la República le corresponde dentro del marco allí señalado reglamentar lo pertinente, y, solo de manera subsidiaria y residual al ministro del ramo le incumbe regular en forma general aspectos técnicos u operativos.”

De lo anterior, debe indicarse sin hesitación alguna, que el fallo proferido por el Consejo de Estado retiró del ordenamiento jurídico la Resolución 00357 de 2005 expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, sin que los efectos de la mentada sentencia hubiesen afectado en modo alguno el Decreto 1703 de 2002, debe precisarse, que la inconformidad de la recurrente recae en que considera que los aportes realizados por personas afiliadas como cotizante o beneficiario a la UNISALUD que tenga una relación laboral o ingresos adicionales debían tener como destino la Universidad para financiamiento del sistema propio de salud y no el SGSSS a través del hoy ADRES.

Pues bien, al respecto debe recordarse que el artículo 14 del Decreto 1703 del 2002, enseña que “...*Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud...*”. De lo expuesto, es dable concluir que los aportes adicionales de los cotizantes, cónyuge o compañeros permanentes afiliados a regímenes de excepción tienen una destinación específica, que no es otra que el SGSSS administrado por el hoy ADRES.

Cabe mencionar que la anterior disposición legal encuentra sustento en la obligación que recae en cada uno de los actores del SGSSS trenzados hoy en Litis, pues en otro de sus apartados el mentado artículo explica que: “...*Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...*”, de ahí que corresponda a la UNISALUD de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA garantizar la prestación de los servicios asistenciales y por parte del ADRES las prestaciones económicas a cargo del SGSSS de los afiliados al régimen de excepción.

Así las cosas, para esta Sala de Decisión no cabe duda que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, no se encontraba facultada para recibir los aportes a salud realizados por los cotizantes, cónyuge o compañeros permanentes del régimen de excepción que se encontraban con relación laboral o ingresos adicionales, de lo que se desprende la no prosperidad de todas las pretensiones, por inexistencia de la obligación, en tal sentido, la resolutive de la presente decisión debe circunscribirse en confirmar el fallo proferido en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por no haber prosperado el recurso de apelación, fijese como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

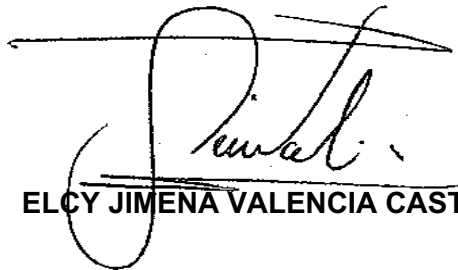
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2019-00742-01
DEMANDANTE:	FRANCY HELENA MORALES DÍAZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 15 de noviembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad en lo que no fue materia de apelación, respecto de la sentencia del 15 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FRANCY HELENA MORALES DÍAZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y COLFONDOS

S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con radicado No. **11001-31-05-024-2019-00742-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad, ineficacia o inoperancia del traslado realizado al RAIS, por omisión en el deber de información por parte de las demandadas; como consecuencia de ello, se condene a Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; condenar a Colpensiones a recibir los valores provenientes del RAIS, como a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en dicho régimen; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 23 de marzo de 1.965, por lo que a la fecha cuenta con 54 años. Que comenzó cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social. Que por ignorancia se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y posteriormente, a Colfondos S.A. Que no fue asesorada o informada por ninguna de las AFP demandadas, de manera transparente, completa, clara, veraz y oportuna sobre las ventajas o desventajas económicas que tendría su traslado, o los beneficios, riesgos y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional, lo cual tampoco ocurrió durante toda su afiliación al RAIS. Que las AFP convocadas únicamente le refirieron que iba a obtener una pensión de mayor monto, al igual que se pensionaría antes de la edad mínima exigida en el RPM. Que en general no se le informaron las características propias del RAIS, el capital que se requiere para la consolidación de su petición, la existencia del

¹ Páginas 3 a 26 Archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

bono pensional, las variables que deben considerarse para liquidar la prestación y la distribución del aporte que se efectúe en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.²

La demandada COLFONDOS S.A. solo se opuso a la pretensión relacionada con la condena en costas. Argumentó que para la fecha del traslado de la demandante, la asesoría a los afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, en la cual se les indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón de que ambos regímenes ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados. Añadió que los asesores de Colfondos S.A. están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes, y entregar información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos, cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía. No propuso excepciones.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.³

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible para Colpensiones tener a la accionante como afiliada al RPM, pues tal situación contravendría no solo las disposiciones de carácter legal, sino también se desconocería el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones.

² Páginas 2 a 06 Archivo 06 del expediente digital.

³ Páginas 3 a 32 Archivo 07 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, falta de agotamiento de la reclamación administrativa y la innominada.

PORVENIR S.A.⁴

La demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado de la demandante es completamente válido, en la medida que esta no aporta prueba que permita concluir que tal acto jurídico se dio con el incumplimiento del deber de información, aunado a que de los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Resaltó que la actora al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP, con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A.⁵

⁴ Páginas 2 a 29 archivo 13 del expediente digital.

⁵ Páginas 2 a 29 archivo 13 del expediente digital.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Mediante Auto del 4 de septiembre de 2023, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la vinculada como litis consorcio necesario AFP Protección S.A.⁶

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, del RPM al RAIS, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 20 de abril de 1.995 con la suscripción del formulario de afiliación; declaró que para todos los efectos legales la demandante se encuentra afiliada al RPM y nunca se vinculó al RAIS; ordenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante al RAIS, esto es, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos dineros han debido ingresar al RPM; ordenó a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones lo que hayan deducido de los aportes efectuados para pensión por la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; no impuso condena en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los Fondos Privados hayan cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que

⁶ Archivo 25 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Añadió que si bien la actora nunca estuvo vinculada a Colpensiones sino a Cajanal, lo cierto es que su traslado al RAIS no puede ser interpretado como una afiliación inicial que no permite su ineficacia como lo ha definido la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues conforme a la Ley 100 de 1993 las Cajas de Previsión Social que no se liquidaron podían administrar el régimen de prima media, aunado a que cuando entró en liquidación Cajanal hacia el año 2009 por disposición legal, sus afiliados debían ser redirigidos a Colpensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo como sustento que el deber de información ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo, acotando que para el momento de traslado de la actora del RPM al RAIS, se exigía como cumplimiento de ese deber la demostración de la suscripción del formulario de afiliación, que representa la voluntad del afiliado de pertenecer a este último régimen, de manera que en este caso se encuentra demostrado el cumplimiento de tal obligación con dicha documental, contrario a lo concluido por la Juez a quo.

Añadió que no es procedente la devolución de los descuentos realizados por concepto de gastos de administración, pago de la prima de seguro previsional y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, en la medida que tales rubros fueron destinados o utilizados para brindarle cobertura del seguro previsional a la demandante y a su núcleo familiar, resaltando que ello no ingresó a las arcas de la AFP, de manera que su retorno comporta una desfinanciación del régimen.

Adujo que los rendimientos financieros corresponden a una erogación propia del RAIS, por lo que no es dable su traslado al RPM, ya que ello constituiría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones y un detrimento tanto para la AFP como para sus afiliados.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que la demandante cuando se vinculó con esta AFP ya estaba afiliada a una administradora de pensiones del RAIS, por lo que le correspondía a esta última brindar la debida asesoría a la data del traslado. Añadió que la demandante es abogada, Juez de la República, y por ende, tenía conocimiento de la existencia de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, denotando que por su condición particular, recaía en ella ese deber de información, pues pudo acceder en cualquier momento a dichas normas, siendo claro que en el presente proceso en la realidad está alegando su propia culpa.

Dijo que la demandante realizó varios traslados horizontales que deben ser entendidos como actos de relacionamiento, como así los ha llamado la CSJ, que demuestran su intención de permanecer en el RAIS y que conocía del mismo. Sumó a ello que, la relación existente entre la AFP y la actora es de carácter administrativo, de suerte que la demandante no ostenta la calidad de parte débil de la relación, porque existe una imposibilidad de negociar las condiciones de afiliación al estar estipuladas en la ley, aunado a que la actora tiene la libertad de escoger la entidad administradora y no se ejerce un dominio sobre la misma.

Señaló que de confirmarse la sentencia de primera instancia no es procedente condenar a la AFP a trasladar los conceptos por gastos de administración y seguros previsionales, pues los mismos fueron descontados por el mandato legal previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; en igual sentido, dijo que frente a las primas de seguros previsionales se tuvo que pagar una póliza para amparar la invalidez y la muerte. Agregó frente a los gastos de administración que la AFP hizo un manejo rentable de los aportes, además, la Superintendencia Financiera ha indicado que en estos procesos en los que se pretende la declaratoria de ineficacia de la afiliación, no es procedente la devolución de los rubros anteriormente mencionados.

Concluyó advirtiendo que conforme a lo indicado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que ha puesto de presente que

no se puede ordenar la indexación de los gastos de administración, porque se podría generar una doble condena por ese mismo concepto.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso de apelación, para lo cual argumentó que en el presente caso no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen pensional, sino a una selección inicial de régimen, dado que la demandante en el año 1995 decide vincularse por primera vez al RAIS a través de Davivir hoy Protección, acotando que no puede suponerse que la actora escogió el RPM del ISS hoy Colpensiones o Cajanal, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no coexistían los regímenes pensionales y los aportes que la demandante realizó como servidora pública ante Cajanal deben ser trasladado a la UGPP, entidad sucesora de esta última.

Añadió que en todo caso, la vinculación de la demandante al RAIS se efectuó de manera libre, consciente y voluntaria, después de haber recibido la información necesaria sobre beneficios, consecuencias y ventajas de trasladarse de régimen pensional, aunado a que la demandante suscribió el formulario de afiliación, único requisito que se encontraba establecido por el Decreto 663 de 1993, por lo tanto, para esa data no era imperativo para los fondos de pensionares presentar a los afiliados proyecciones o simulaciones pensionales, máxime que para la época eran inciertas las expectativas pensionales de los afiliados.

Señaló que debe considerarse lo que ha indicado la CSJ en la sentencia SL3752 de 2020, al desarrollar los actos de relacionamiento, cuando no hay certeza si el afiliado recibió la información requerida en el traslado, teniendo en cuenta que la demandante ha efectuado diversos traslados horizontales, que permiten inferir que su intención siempre fue la de pertenecer al RAIS. Adicionalmente, debe considerarse que la activa tiene la condición de abogada, no es parte débil en la relación jurídica existente con las AFP convocadas, y de acuerdo al Decreto 2241 de 2010, que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, es claro que todos los afiliados también tienen a su cargo deberes y obligaciones que asumir, sin embargo, el

silencio de la demandante durante el transcurso del tiempo debe entenderse como una decisión consciente de permanecer en el RAIS, lo cual solo podría desvirtuarse mediante la demostración de una fuerza que vicie el consentimiento, que no se advierte ocurrida en el presente caso.

Manifestó que no puede pasarse por alto el principio del equilibrio financiero de Colpensiones, pues no basta que las AFP trasladen los recursos que tienen en su cuenta de ahorro individual, dado que a futuro la administradora del RPM tendría que cumplir una carga prestacional utilizando los recursos de los afiliados que han contribuido durante muchos años al sostenimiento del régimen público, lo cual sería injusto porque la actora no aportó durante más de 25 años para su sostenimiento.

Finalmente, solicitó que se condene a las AFP demandadas como medida de resarcimiento a pagar a Colpensiones los perjuicios económicos que el traslado automático genere, teniendo en cuenta que en virtud de la teoría del daño en derecho civil, quien lo causa es quien debe repararlo y no un tercero, como lo es Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos

invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si en el caso de la señora FRANCY HELENA MORALES DÍAZ se presentó una selección inicial como lo afirma COLPENSIONES o, un traslado de régimen pensional; en caso de ser este último, establecer si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En el presente asunto, COLPENSIONES indica en su alzada que debido a que la demandante estaba afiliada a la extinta Caja de Previsión Social CAJANAL y que solicitó su afiliación por primera vez al RAIS en el año 1995 a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., ello correspondía a la selección inicial de régimen y no un traslado propiamente dicho, por lo que no era procedente analizar los presupuestos para declarar la ineficacia de un traslado que no se había presentado.

En efecto, se observa del formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., que la promotora de la acción al momento de suscribir

dicho documento, lo que ocurrió el 20 de abril de 1995, se encontraba afiliada a CAJANAL como entidad administradora de pensiones, como se observa a continuación⁷:



48775

SOLICITUD DE VINCULACION

No. 146932



60001341578

CIUDAD / DEPARTAMENTO

Santafe de Bogotá - Cundinamarca

FECHA

AÑO 1995 MES 04 DIA 20

VINCULACION INICIAL

TRaslado de AFP

TRaslado de Régimen

AFP ANTERIOR

ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR CAJANAL

VISTO BUENO

DE DATAFONC

INFORMACION DEL TRABAJADOR

NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD	51.769.546	T.I.	☒	C.C.	☒	C.E.	☐	AÑO	1965	FECHA DE NACIMIENTO	03/12/1965	NACIONALIDAD	Colombiana	SEXO	☒ F ☐ M										
PRIMER APELLIDO	MORALES	SEGUNDO APELLIDO	DÍAZ			NOMBRE(S)			FRANCY HELENA																
DIRECCION RESIDENCIA	Calle 6 Manzana 8 Casa 7 Timiza			CIUDAD O MUNICIPIO			Santafe de Bogotá			DEPARTAMENTO			Cundinamarca												
DIRECCION DONDE LABORA	Diagonal 34 N: 5-18			CIUDAD O MUNICIPIO			Santafe de Bogotá			DEPARTAMENTO			Cundinamarca												
ENVIO CORRESPONDENCIA:	RESIDENCIA	☒	OFICINA	☐	APARTADO AEREO	☐	NUMERO																		
TIPO DE TRABAJADOR	INDEPENDIENTE	☐	DEPENDIENTE	☒	HA COTIZADO MAS DE 150 SEMANAS?			I.S.S.			SI	☒	NO	☐	CAJAS	☒	NO	☐	TIEMPO TOTAL DE COTIZACION	AÑOS	6	MESES	0	CUAL(ES) CAJA(S)?	CAJANAL

INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL

EMPLEADOR (1)

OCCUPACION O CARGO ACTUAL DEL EMPLEADO	Profesional Universitario 3020 grado 10	SALARIO O INGRESO MENSUAL	524.128	ES SALARIO INTEGRAL?	☒ SI ☐ NO
NUMERO DE IDENTIFICACION	800.10599-5	MT	☒	CC	☐
NOMBRE O RAZON SOCIAL DEL EMPLEADOR		Direccion Nacional de Estupefacientes			

Sin embargo, contrario a lo considerado por Colpensiones, de esas circunstancias no es dable concluir que la afiliación al RAIS de la promotora de la acción no devino de un traslado de régimen pensional, sino de una selección inicial de régimen, pues para resolver este escollo, basta con remitirnos al inciso tercero del artículo 4° del Decreto 692 de 1994, el cual estableció, en relación con la elección del régimen de prima media con prestación definida por parte de los servidores públicos que, “*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.*”

Hay que anotar que si bien el artículo 3° del mencionado Decreto establece que a partir del1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “deberán” seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del RPMPD o el RAIS, téngase en cuenta que dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a

⁷ Página 33 Archivo 23 del ED.
 Sala Laboral
 Tribunal Superior del Distrito Judicial
 Bogotá

regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, lo cual tuvo por finalidad prevenir casos de multiafiliación.

Por tanto, es claro que la demandante se encontraba afiliada a una Caja de Previsión Social con antelación al 30 de junio de 1994, cuando aún Cajanal podía aceptar nuevas afiliaciones, como quiera que su insolvencia y liquidación se ordenó a través del Decreto 2196 de 2009, por lo que, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico, una vez entró en vigencia en Régimen General de Pensiones instituido por la Ley 100 de 1993, quienes estuvieran afiliados a una caja de previsión, ya fuera del orden nacional o territorial, se considerarían vinculados al RPMPD, al punto que, una vez extinguida la respectiva caja de previsión, se entendería automáticamente afiliado al otrora ISS, sin necesidad de suscribir un nuevo formulario de afiliación.

En ese sentido, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente Colpensiones, en tanto en este asunto sí se presentó un traslado de régimen pensional y, por tanto, existen todos los elementos que habilitan al operador judicial para que analice si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por FRANCY HELENA MORALES DÍAZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus

ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar a la afiliada la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (Página 33 archivo 23), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante **PORVENIR S.A** (Página 32 Archivo 13) y **COLFONDOS S.A.** (Página 35 Archivo 01), no se puede deducir que hubo un

consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las AFP demandadas, pues fue clara al manifestar que cuando se encontraba trabajando en la Dirección Nacional de Estupefacientes una compañera de trabajo llegó ofreciendo la afiliación a la AFP DAVIVIR, bajo el argumento que la Caja de Previsión Social se liquidaría, y que esa vinculación a la nueva AFP podía hacerse efectiva a través de un familiar suyo que trabajaba en DAVIVIR, de suerte que firmaron el respectivo formulario alrededor de 10 o 15 personas, incluida ella como demandante, sin recibir ninguna información, porque no se encontraba presente ningún asesor de la AFP. Adicionó que se trasladó a Porvenir porque cuando se posesionó en la Rama Judicial el asesor de dicha sociedad le indicó que debía llenar el formulario para el efecto, sin

suministrarle datos adicionales y que, se vinculó a Colfondos S.A. porque a su Juzgado llegó una promotora, quien les dijo a todos los servidores que dicha AFP era más rentable que Porvenir. Que siempre ha trabajado en derecho Civil y de Familia y no conoce temas laborales, ni de seguridad social (Min. 23:53 – 47:59 archivo de audio y video 36 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobraron las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluso teniendo esta la calidad de abogada, porque dicha condición no exonera para nada a las administradoras de fondos de pensiones de su obligación de cumplir con el deber de información, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Ahora bien, a pesar que la demandante se encontraba vinculada a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, como ya se anotó con anterioridad, lo cierto es que existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimana como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

En lo que respecta a los actos de relacionamiento que aduce Colpensiones y Porvenir S.A. por presentar la afiliada distintos traslados horizontales, debe decirse que si bien ello fue advertido por la Sala de Descongestión de la CSJ en sentencia SL1061-2021, es la Sala de Casación Laboral permanente la única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social, de modo que no es dable

sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como así se ha establecido en las decisiones de la Alta Corporación CSJ SL249-2022 y CSJ SL259-2022.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Sin embargo, se tiene que el Juzgado de Conocimiento no ordenó la devolución de los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes con la

debida indexación a cargo de todas las AFP demandadas, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia en ese aspecto.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como así lo aduce PORVENIR S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicó que: “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.”

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos

constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos, sin que sea procedente acceder a los perjuicios peticionados por Colpensiones, en tanto ello no hace parte de la materia del litigio. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., dada la improsperidad de sus recursos de apelación. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha de pago, a cargo de cada entidad.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

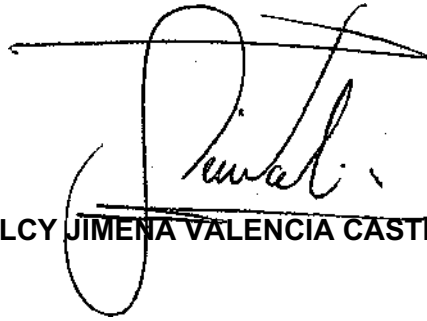
PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia del 15 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes descontadas a la actora, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha de pago, a cargo de cada entidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2020-00199-01
DEMANDANTE:	DORIS MENDOZA JIMÉNEZ
DEMANDADO:	FONDO PASIVO NACIONAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
ASUNTO:	Apelación de la Sentencia del 11 de julio de 2023 y Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del Fondo Pasivo Nacional de Ferrocarriles de Colombia.
JUZGADO:	Juzgado 45° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Sustitución Pensional
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación de la entidad demandada en contra de la sentencia del 11 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45°) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DORIS MENDOZA JIMÉNEZ** contra el **FONDO PASIVO NACIONAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**, con radicado No. **11001-31-05-024-2020-00199-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

¹ Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

La promotora de la acción pretende se condene al FONDO PASIVO NACIONAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocerle y pagarle la sustitución pensional a partir del 4 de junio de 2016, con ocasión del fallecimiento de Jorge Armando Nariño Céspedes, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las mesadas pensionales y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que Jorge Armando Nariño Céspedes desde su ingreso hasta su retiro de la hoy extinta empresa Ferrocarriles Nacionales, ostento el carácter de trabajador oficial. Que el causante laboró desde el 10 de diciembre de 1980 hasta el 29 de diciembre de 1992, por un espacio de 10 años, 9 meses, y 7 días. Aduce, que Nariño Céspedes fue despedido por la empresa el 30 de diciembre de 1991 por la supresión legal de su cargo.

Señaló la actora, que convivió con el ex trabajador por espacio de 33 años de vida, procreando cinco hijos de nombre Ruby Paola, Juan Pablo, Jeisson Leandro, Paula Fernanda y Johan Armando Nariño Mendoza. Que el ex trabajador falleció el 4 de junio de 2016, por tanto, solicitó la pensión de sobrevivientes, siendo negada mediante Resolución No. 2250 de. 24 de noviembre de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el ex trabajador fallecido no cumplió con los requisitos que exige el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para hacerse merecedor de la pensión proporcional de jubilación, pensión – sanción. Argumentó, la ex patronal que el beneficiario debe acreditar haber laborado más de 10 años y menos de 15 años, y como se observa el señor JORGE ARMANDO NARIÑO CÉSPEDES (Q.E.P.D.) laboró 10 años, 09 meses y 07 días, pero al momento de su fallecimiento solo contaba con 55 años y no los 60 exigidos por la norma ídem.

² Archivo 06 Carpeta 01 Expediente Digital

Propuso las excepciones de fondo: prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe y genéricas.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Mediante providencia del 11 de mayo de 2023, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 del Acuerdo CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023, remitió el presente proceso al Juzgado 45 Laboral del Circuito de la misma ciudad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Cinco (45J) Laboral del Circuito de Bogotá, **mediante Sentencia del 11 de julio de 2023,** declaró que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañeros permanente Jorge Armando Nariño Cespedes, en consecuencia condenó al FONDO PASIVO NACIONAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 4 de junio de 2016, en cuantía inicial de \$689.455, y en razón de 14 mesadas anuales, al pago por concepto de mesadas pensionales retroactivas la suma de \$74.233.463, a pagar los intereses moratorios sobre el importe de la obligaciones a partir del 23 de julio de 2017 y hasta que se efectuó el pago de la pretensión aquí reconocida, declaró parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas a la pasiva.

Para arribar a tales conclusiones, consideró que al haberse producido el retiro del ex trabajador fallecido en el mes de diciembre de 1991, era procedente la aplicación del artículo 8º de la ley 171 de 1961, pues se encontraba vigente para la época y hasta la expedición de la Ley 100 de 1993. En tal medida, como el trabajador fallecido laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia un total de 10 años, 9 meses y 7 días, cumple con los requisitos consagrados en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Explicó, la cognoscente que es viable la sustitución pensional restringida incluso en aquellos casos en que el afiliado no logra cumplir la exigencia de la edad por su muerte, pero ya tenía acreditado el tiempo de servicio. Citó como soporte la sentencia SL 1737 de 2019. Por ende, el 4 de junio de 2016, data en que

falleció el ex trabajador se habilitó la transmisión del derecho a sus beneficiarios.

Estimó, que como la fecha de deceso ocurrió el 4 de junio de 2016, la norma que rige la sustitución pensional es la prevista en el artículo 47 de la Ley 100 de 1997, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. En tal sentido, encontró que conforme al dossier probatorio recaudado se demostró que la demandante en calidad de compañera permanente convivió con el ex trabajador fallecido por un espacio ininterrumpido superior a 30 años, formando una familia con vocación de permanencia hasta la fecha de deceso del causante. Refirió la *A quo*, que la prestación que debe ser directamente proporcional al tiempo de servicios, respecto a la que le habría correspondido al trabajar en caso de reunir los requisitos necesarios para acceder a la pensión plena del artículo 260 del CST y conforme al promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. En tal sentido, tomó todos los factores citados en la certificación aportada en la pasiva a folio 249 del cartapacio digital a partir del 1 de enero al 29 de diciembre de 1991, por tanto, el valor de la mesada pensional arroja \$90.701, siendo indexado para el mes de junio de 2016 lo que asciende al valor de \$1.043.515, y teniendo en cuenta que laboró 10 años, 9 meses y 7 días, le corresponde una tasa de remplazo de 40.39%, lo que arroja como primera mesada pensional la suma de \$421.662, no obstante, dado que ese valor resulta inferior al salario mínimo mensual vigente para el año 2016, la mesada se acrecentara a la suma de \$689.455, toda vez, que la jurisprudencia ha instruido que ninguna mesada podrá ser inferior al SMLMV.

Concedió la prestación con 14 mesadas pensionales anuales, pues su causación se originó a partir del 30 de diciembre de 1991, cuando fue despedido luego de más de 10 años de servicio. De igual forma encontró probada parcialmente la excepción de prescripción, puesto que el derecho pensional se originó a partir del 04 de junio de 2016, la reclamación administrativa se agotó el 1 de julio de 2016, siendo notificada de la negativa de la prestación de sobrevivientes el 20 de diciembre de 2016 y finalmente interpuso la demanda el 24 de julio de 2020, lo que significa que transcurrieron más de tres años conforme al artículo 488 del C.S.T. y el art. 151 del CPT y S.S., por tanto se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad del 23 de julio de 2017.

Por último, condenó a la pasiva al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el importe de la obligación a su cargo, a partir del 23 de julio de 2017 y hasta que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **FONDO DE PASIVO SOCIALES FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no existe pensión causada que deba sustituirse a la demandante, toda vez que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 indicó que se debe cumplir tres requisitos, el primero haber laborado entre diez y quince años, haber sido despedido y tener 60 años de edad, requisitos que deben cumplirse en conjunto sin que para el caso de marras se hubieren acreditado la edad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada y atendiendo el Grado jurisdiccional de Consulta a favor del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver si al ex trabajador fallecido le asistía el derecho de acceder a la pensión restringida de jubilación consagrada en el

artículo 8° de la Ley 361 de 1961, prestación a cargo del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En caso afirmativo, si acertó la Juez primigenia en declarar que a la señora Doris Mendoza Jiménez en calidad de compañera permanente del *cujus* le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 23 de julio de 2017, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente.

CONSIDERACIONES

En el presente caso, no es materia de discusión que el fallecido Jorge Armando Nariño Céspedes estuvo vinculado a la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; que la terminación del contrato se dio por supresión del cargo; que laboró desde el 10 de diciembre de 1980 hasta el 29 de diciembre de 1991, es decir, 10 años, 9 meses y 7 días. Que el ex trabajador nació el 18 de marzo de 1961 y falleció el 4 de junio de 2016, a la edad de 55 años de edad.

Se debe anotar que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 establece que el trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la norma ídem, tendrá derecho a la pensión, y esta se pagará cuando cumpla los sesenta (60) años de edad y que la cuantía 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 o para los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.

Ahora bien, es válido recordar que tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia laboral, este tipo de prestaciones se estructuran a la terminación del vínculo laboral, de modo que lo que causa el derecho es el retiro del trabajador del servicio, después de haber cumplido con el tiempo previsto en la mencionada disposición, siendo entonces la edad un requisito de exigibilidad.

En efecto, no se equivocó la Juez de instancia al concluir que la pensión restringida de jubilación es susceptible de transmisión por causa de muerte, toda vez, que el trabajador fallecido Jorge Armando Nariño Céspedes cuenta con el tiempo de servicio, sin que su deceso previó a alcanzar la edad de 60 años cercene el derecho a la sustitución pensional. Así lo ha dicho la jurisprudencia patria al señalar que la edad es un requisito de exigibilidad de la pensión restringida de jubilación y si está se anticipa por la muerte del causante conforme lo prevé el artículo 1 de la Ley 12 de 1975.

Lo anterior se ratifica con lo expuesto recientemente en la sentencia SL 2297-2023 con ponencia de la Magistrada Marjorie Zúñiga Romero instruyó lo siguiente:

“Bajo las anteriores premisas, se tiene que, para el momento de su desvinculación, Zoila Coneo tenía un derecho adquirido, y restaba únicamente el cumplimiento de la edad de 60 años, que es una condición de exigibilidad; pero, no de consolidación. Además, podía sustituirlo válidamente (CSJ SL860-2021) a su cónyuge sobreviviente Jerónimo Coneo con quien convivió por más de 20 años hasta su deceso, supuesto último que, se repite, la accionada no debatió al interior del proceso ordinario.

Sin embargo, la Sala evidencia que las autoridades judiciales atacadas en revisión erraron al desconocer la jurisprudencia de esta Corte que ha señalado que al ser la edad un requisito de exigibilidad de la pensión restringida de jubilación, esta se anticipa por la muerte del causante conforme lo prevé el artículo 1. ° de la Ley 12 de 1975 que establece:

ARTÍCULO 1.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.

Dicha disposición se ha aplicado también a las pensiones consagradas en el artículo 8. ° de la Ley 171 de 1961 en el entendido que estas se consolidan con el despido sin justa causa o el retiro voluntario, tal como se expuso en providencia CSJ SL3210-2016 reiterada en la CSJ SL13951-2017, en la que explicó lo siguiente:

3.1 Anticipación de la edad por muerte del causante en tratándose de la pensión restringida de jubilación de la L. 171/1961

Clarificado que la edad es un requisito para la exigibilidad de la pensión restringida de jubilación, más no para su nacimiento, es

pertinente agregar que la muerte del causante anticipa la edad de conformidad con el art. 12 de la L. 171/1961, aclarado por la L. 5ª/1969, que señala:

Artículo 12. *Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes (Subrayado fuera del texto original).*

*En las voces de la norma en cita, los beneficiarios allí enlistados, dentro de los cuales se encuentra la cónyuge, tiene la prerrogativa a sustituir **el derecho** a la pensión del causante; derecho que como se explicó, nace desde el mismo momento en que el trabajador se retira del servicio una vez cumplido el tiempo mínimo de servicios de 15 años. En el sub examine, es claro que el derecho del causante surgió desde la fecha en que renunció voluntariamente a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (17 de septiembre de 1965), después de haber laborado por 19 años, 6 meses y 1 día.*

Así igualmente, lo ha entendido esta Sala en reiterada jurisprudencia al considerar que «tratándose de la sustitución de una pensión que se causa por el retiro voluntario del trabajador, las reglas de la sustitución no modifican el momento de su causación» (CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 34779, reiterada en CSJ SL8022-2014)”.

En síntesis, comoquiera que Céspedes Nariño murió el 4 de junio de 2016, cuando apenas contaba con 55 años, conforme al anterior criterio, se habilitó su edad y, por tanto, al estar válidamente causada la prestación podía sustituirla a la demandante, como lo ordenó la Juez de primera instancia. En esos términos ante la viabilidad de transmisión del derecho causado por el ex trabajador procede la Sala a verificar si a la demandante Mendoza Jiménez le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes.

La pretendida pensión de sobrevivientes la consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el

fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...”

Aclarado lo anterior, frente al derecho de la demandante al pago de la prestación por sobrevivencia, como se estableció la causante falleció el **4 de junio de 2016** las normas que gobiernan la situación pensional de la accionante, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, normas que consagran que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la cónyuge, *“o la compañera o compañero permanente o supérstite”* quien deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y **haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.** Criterio que fue recordado en la Sentencia Radicado SL 1399 de 2018.

En relación con este requisito legal, la Sala Laboral de la CSJ, a través de la sentencia SL1730-2020, varió la postura que había sostenido de antaño, para indicar que los 5 años de convivencia señalados en la normativa en comento, solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamantes de la pensión, en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado, pero que cuando quien fallece es un **afiliado**, únicamente se deberá acreditar, como mínimo, *“(…) la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (...)”*; esta tesis fue reiterada en la sentencia SL2901-2021, en la cual se dijo que: *“Entender que el requisito de convivencia del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 es exigible solo para quien pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el pensionado fallecido y no para quien solicite tal prestación respecto del causante afiliado sin un derecho pensional consolidado, no comporta una vulneración del principio de igualdad ni es contrario al principio de no discriminación, pues está fundado en un elemento diferenciador, cual es la condición en la que se encuentre el asegurado causante de la prestación.”*.

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto en la sentencia SU-149 de 2021, en la cual expuso lo siguiente:

“Sobre la violación directa de la Constitución, la Sala sostuvo que se desconoció el principio de igualdad con la interpretación del requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de

acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria.

La violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Este precepto se desconoce cuándo se reconocen derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes. Esto ocurrió en el presente caso al dejar en firme la providencia que ordenó el reconocimiento pensional a la compañera permanente, pese a no demostrar la convivencia de cinco años exigida en la ley. A esta razón se suma, que la regla sentada por la Corte Suprema de Justicia incrementaría en un número importante el número de personas que se harían acreedoras de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia y el pasivo pensional aumentaría en 461% según estimaciones aportadas por el Ministerio de Hacienda en sede de revisión. Así, al no tenerse en cuenta el requisito de convivencia de la peticionaria con el afiliado, se omite el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones, lo que redundaría en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

Asimismo, la Sala Plena determinó que en la decisión de la Sala de Casación Laboral se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado. Sostuvo que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No obstante, en concordancia con lo expuesto sobre la violación directa de la igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido.

Por último, para verificar la configuración del desconocimiento del precedente, la Sala determinó que el precedente aplicable en la materia es la Sentencia SU-428 de 2016. La Sala de Casación Laboral se apartó indebidamente de esa decisión pues no cumplió con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación. No mencionó explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni mucho menos expuso en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados. Esto a pesar de que se trataba de un fallo de unificación que determinaba, con carácter vinculante, el contenido y alcance del derecho a la

seguridad social ante el problema jurídico materia de decisión en el asunto de la referencia.”

Vistas las dos posturas jurisprudenciales en comento, a juicio de esta Colegiatura, analizados los argumentos esgrimidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral para sustentar el cambio de precedente frente al requisito para obtener la pensión de sobreviviente (cuando la muerte deviene del afiliado), contrarían el principio sostenibilidad financiera. Recordemos que es un deber asegurar la eficiencia, sostenibilidad y existencia de los regímenes pensionales, principalmente para lograr tener los recursos necesarios para poder prestar, reconocer y pagar las diferentes prestaciones a cargo del sistema, el cual se verá seriamente afectado ante la inaplicación del requisito de la convivencia ante el fallecimiento del afiliado, sin obviar el hecho de que se trasgrede el principio de igualdad al ofrecer disímil tratamiento para igual derecho, y es que si bien no es lo mismo un pensionado que un afiliado, la prestación que protegerá al beneficiario de la contingencia de la muerte si lo es.

En suma, en los términos del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 del 2003, es requisito *sine qua non* para acceder a la pensión de sobrevivientes, originada con el fallecimiento de un afiliado al Sistema de Pensiones, tratándose de eventuales beneficiarios, ya sea cónyuges o compañeros permanentes, la convivencia en un tiempo no menor a cinco años, tal y como se exige para acceder al beneficio pensional al fallecer el pensionado; pensarlo de otra forma además de darle un sentido exegético a la norma desconoce los principios de solidaridad, igualdad y sostenibilidad que permean las leyes que gobiernan el sistema de seguridad social. En tal orden, las enseñanzas traídas por la Corte Constitucional en sentencia SU-149- 2021, sumado a que propenden por garantizar el derecho de igualdad propio de esta clase de decisiones, se ajustan a un correcto entendimiento de la norma dado que se acompasa con los principios rectores de la seguridad social.

Conforme lo expuesto, considera esta Corporación que, independientemente si la pensión de sobrevivientes se reclama por muerte de afiliado o pensionado, si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de esta última, deben ser inmediatamente

anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. Adicionalmente, es necesario resaltar que, en cualquiera de las dos posturas jurisprudenciales para acceder a prestaciones de sobrevivencia, es un requisito *sine qua non*, cuando quien reclama es compañero (a) permanente, que la unión marital de hecho o el núcleo familiar debe encontrarse vigente para la fecha de la muerte del causante.

En el sub examine, la Sala comparte lo considerado por la *A quo* en relación con la convivencia efectiva en los últimos cinco años inmediatamente anteriores al deceso del causante ocurrido el 4 de junio de 2016, toda vez, que se acreditó la conformación de una vida en pareja de la promotora de la acción con el ex trabajador fallecido por un espacio mínimo de diez años, pues con las medios de prueba practicados enseñan fehacientemente que la pareja al momento de la muerte del *cujus* convivían y conformaban un núcleo familiar.

Ahora, dentro del proceso se escuchó la declaración de Adriana Semanate Vásquez amiga de la demandante y del causante, expuso que los conoció aproximadamente desde el año 2008, pero convivían desde hace muchos años atrás. Que puede dar fe que convivieron ininterrumpidamente desde el año 2008 hasta el año 2016, que tiene conocimiento de lo anterior porque si bien inicialmente fueron amigas luego empezó una relación sentimental con uno de sus hijos y en la actualidad es su suegra. Que, de la relación entre la demandante y el trabajador fallecido procrearon cinco hijos, Ruby, Juan pablo, Johan Armando, Alejandro y paula Alejandra Nariño Mendoza. En el mismo sentido, la testigo Doris Martínez Urquijo, manifestó que conoció a la pareja desde el año 2006 y que convivieron como esposos hasta el momento de la muerte del señor Jorge Armando Nariño Cespedes. Que le consta lo anterior porque vivió cerca a la casa de la pareja y los visitaba en el hogar con una periodicidad frecuente, que compartieron reuniones familiares y que nunca se separaron hasta el momento del deceso del causante. También convalidó que la pareja desde el año 2006 nunca se separaron, que de dicha unión procrearon cinco hijos siendo una pareja unida y solidaria hasta el deceso del causante. Por último, que Nariño Cespedes falleció en la ciudad de Bucaramanga, pero su cuerpo fue trasladado al municipio de Espinal – Tolima, para las honras fúnebres organizadas por la demandante.

Bajo los anteriores derroteros, se demostró que la pareja conformada por la demandante y el trabajador fallecido Jorge Armando Nariño Cespedes mantenían desde el año 2006 un proyecto de vida de pareja, responsable, estable, permanente o continuo, con una comunidad de vida fundada en el amor, apoyo económico y una mutua comprensión, solidaridad, acompañamiento espiritual, que se traduce en una convivencia real y efectiva al momento del fallecimiento. En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia de reconocer y pagar a favor de Doris Mendoza Jiménez la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del afiliado Jorge Armando Nariño Cespedes.

Ahora, corresponde revisar la liquidación de la pensión restringida, en virtud de la consulta, y para ello se hace necesario precisar que dicha prestación debe ser calculada en proporción al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador fallecido en caso de reunir los requisitos previsto en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidará con base en los promedios de los salarios devengados en el último año de servicios. (SL 1061-2023). Así las cosas, para su cálculo se tendrá los factores que lo integran los que se indican por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Así lo tiene decantado Sala de Casación Laboral (Sentencias 38885 del 10 de agosto de 2010, SL18423-2017, SL13192-2015, SL1706-2016, SL2427-2016 SL2160-2019, SL2852-2022).

Según la información contenida en la certificación obrante a folio 249 del archivo 11 del ED, los factores salariales devengados por el causante durante el último año de servicio que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión restringida de jubilación son los siguientes: sueldo básico \$90.701, más la prima de antigüedad, de la que el *A quo* tomó la sesentava parte, punto específico que no fue controvertido, lo cual arrojó como promedio salarial del último año de servicios la suma de \$91.996, valor que acertadamente indexó, teniendo en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la H CSJ a partir de la sentencia SL736-2013, revisó su postura en materia de indexación de la

primera mesada pensional, concluyendo que era procedente respecto a pensiones legales y extralegales, causadas en cualquier tiempo.

En ese orden, para efectos de indexar el IBL se aplicará la fórmula que a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020 ha optado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en las raditaciones 31222 de 13 de diciembre de 2007, SL6916-2014 y SL5509-2016, tomando el IPC inicial que corresponde al de diciembre del año anterior a la fecha de retiro (1990 = 10,96) dividido por el IPC final, el de diciembre del año anterior de la fecha del cumplimiento de la edad (2017 = 4,09), que multiplicado por el salario base de liquidación arroja un IBL equivalente a \$1.043.015 indexado al año 2016.

Lo anterior conforme a la siguiente formula.

Fórmula:

$VA = V_h * IPC \text{ Final}$

IPC inicial

De donde:

“VA = corresponde al valor de cada mesada pensional a actualizar.

IPC Final = IPC mes en que se realice el pago.

IPC Inicial = IPC mes en que se causa la diferencia de la respectiva mesada pensional.

Por haber laborado un total de 10 años, 9 meses y 7 días, se obtiene una tasa de remplazo que asciende a **40.39%** tal como quedó sentado en primera instancia, que aplicada al IBL indexado, arroja como valor de la primera mesada pensional, para el año 2016 la suma de \$421.662, valor que resulta inferior al SMLMV para el año 2016 que correspondía a la suma de \$689.455. En consecuencia, como el monto calculado resultó inferior al SMLMV de 2016, se ordenará su ajuste en razón a que el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que desarrolla la garantía constitucional de la pensión mínima en Colombia, ordena que la misma es el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de causación y pago. (SL 3286-2021).

Se precisa que, por haberse causado el derecho pensional con el retiro de la demandante, es decir, en el año 1991, la prestación debe pagarse en 14 mesadas al año, al no estar afectado el derecho con el Acto Legislativo No. 01 de 2005 (HCSJ Sala Laboral sentencias SL11584-2015, rad. 60883, SL7980-2015 rad. 57638, y rad. 54265 de 2013).

En punto de la prescripción, se debe señalar que al revisar la fecha en la que se hizo exigible la obligación, 4 de junio de 2016, la de la reclamación administrativa que se efectuó el 1 de julio del mismo año, siendo resulta por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución No. 2250 del 24 de noviembre de 2016 y notificada a la demandante el **20 de diciembre de 2016**, es fácil concluir que como la presentación de la demanda solo fue elevada hasta el **23 de julio de 2020**³ (4 años, 2 meses y 27 días) a la luz de los artículos 151 del CSPTYSS y 488 del CST, **si** operó dicho fenómeno para las mesadas con anterioridad al 23 de julio de 2017.

Entonces, se tiene que las mesadas a reconocer desde el 23 de julio de 2017 al 31 de diciembre de 2023, inclusive, suman, **\$82.353.463**, en aplicación del artículo 283 del CGP, en atención que el retroactivo ordenando en primera instancia solo abarcó hasta el mes de junio de 2023.

En conclusión, se confirmará la decisión de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en la cuantía señaladas por la juez primigenia y se modificará respecto de la actualización de la condena del retroactivo pensional en estricto cumplimiento del artículo 283 del CGP por remisión analógica del artículo 145 del CPT y la S.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

³ (f. 01 del archivo 01 del ED).

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

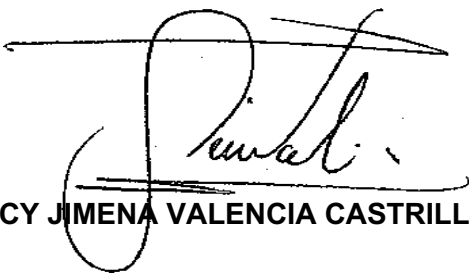
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la Sentencia del 11 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45°) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada FONDO DE PAVISO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a pagar en favor de la demandante DORIS MENDOZA JIMÉNEZ el valor del retroactivo pensional liquidado del 23 de julio de 2017 al 31 de diciembre de 2023, en la suma de **\$82.353.463**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y a favor de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2021-00014-01
DEMANDANTE:	MILECSY SOFÍA ARENAS CASTRO
DEMANDADO:	ORGANIZACIÓN RIVEROS DÍAZ S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 13 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Despido injusto-indemnización moratoria
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte DEMANDADA contra la sentencia del 13 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MILECSY SOFÍA ARENAS CASTRO** contra **ORGANIZACIÓN RIVEROS DÍAZ S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-024-2021-00014-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de enero de 2014

¹ Páginas 3-16 Archivo 10 Expediente Digital

y el 20 de marzo de 2020, el cual terminó sin justa causa por decisión del empleador; como consecuencia de ello, solicita se condene a la demandada a pagar a su favor las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que comenzó a laborar para la demandada el 15 de enero de 2014, por virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de abogada, a cambio de un salario mensual equivalente a \$1.950.000. Que el 18 de marzo de 2020, por órdenes de la representante legal de la demandada, les comunicaron a los trabajadores que debido a la medida de aislamiento preventiva y obligatoria impuesta por la Alcaldía de Bogotá, se tomaran los días que se habían decretado, para frenar la expansión del Covid 19 y, que se les estaría informado el día en que se retomarían las labores. Que el 20 de marzo de 2020, sin previo aviso, la demandada le comunicó vía correo electrónico la terminación de su contrato de trabajo, anexando la respectiva carta de despido, la cual sustentó en la situación que atravesamos a causa de la pandemia del Covid 19, misma que fue calificada como caso fortuito y fuerza mayor, además, se hizo referencia al Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en el que se dispuso prorrogar la suspensión de términos adoptada mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20.11518 y PCSJA20-11519, entre el 21 de marzo y el 3 de abril de 2020.

Señaló que el 1º de abril de 2020 se le envió un correo electrónico con la liquidación definitiva de prestaciones sociales para revisión y aceptación de la misma, además, el 2 de abril de 2020, solicitó ante la encartada que se le reconociera la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria por el no pago oportuno de la liquidación. Que fue citada a las instalaciones de la encartada para el día 7 de abril de 2020, dado que no aprobó la liquidación que le fue extendida, negándose así la accionada a realizarle la consignación a su cuenta de nómina. Que no pudo comparecer a la oficina en el día anotado para recibir el pago de su liquidación de prestaciones sociales, por cuanto estaba expresamente prohibida la circulación en la ciudad de Bogotá, conforme al Decreto 457, además, era de suma importancia la protección de su vida y salud, así como de las demás

personas con las que convive, entre ellas, su señora madre de 70 años, a quien se le diagnosticó cáncer de mama y aún continúa en tratamiento.

Adujo que el 13 de abril de 2020, la demandada le comunicó que su liquidación fue consignada a una cuenta de depósito judicial en el Banco Agrario, sin brindarle datos suficientes para su retiro. Que se comunicó telefónicamente con el Banco Agrario, en donde le indicaron que para hacer el retiro de la respectiva liquidación el empleador debía entregarle el acta de reparto, con los datos del Juzgado que iba a autorizar la entrega de la misma. Que el 14 de mayo de 2020, mediante correo electrónico solicitó el acta de reparto al señor Óscar Vicente Vargas Hurtado, Coordinador del Grupo de Depósitos Judiciales, petición que reiteró el 9 de septiembre de 2020. Que hasta el día de hoy no se le ha efectuado el pago de sus prestaciones sociales, la indemnización moratoria y la indemnización por falta de consignación de cesantías.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a las pretensiones de la demandada, aduciendo como sustento, que dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante debido a las consecuencias producidas por las leyes y decretos expedidos en el contexto de la emergencia sanitaria y ambiental, las cuales fueron irresistibles e invencibles, por lo que no puede predicarse su mala fe, en tanto realizó todo aquello que estuvo a su alcance para salvar los empleos, o se planteó la idea de retomarlos en el futuro, una vez las circunstancias generaran la confianza y la certidumbre de unas condiciones que permitieran tener y cubrir una nómina dentro de la organización.

Dijo que a la actora le fueron puestas en conocimiento sus prestaciones sociales, pues la liquidación le fue enviada para su revisión, aunado a que fue citada para el pago de dichos conceptos y, ante su renuencia, le fueron consignados mediante depósito judicial, que le fue puesto en conocimiento en debida forma, por manera que sus pretensiones se encuentran encaminadas a obtener un doble pago.

² Páginas 6 a 16 Archivo 15 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Pago de los derechos legalmente causados, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, falta de título y de causa en la demandante, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de febrero de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 15 de enero de 2014 y el 20 de marzo de 2020, en virtud del cual la demandante se desempeñó como abogada y devengó un salario básico de \$1.950.000; condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante una suma diaria de \$65.000 hasta por 24 meses, esto es, del 21 de marzo de 2020 al 20 de marzo de 2022, la que arroja un total de \$46.800.000 y, a partir del mes 25, esto es, desde el 21 de marzo de 2022, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre el valor adeudado por prestaciones sociales, los que liquidados hasta la fecha en que la demandante retiró el título de depósitos judiciales, el 21 de mayo de 2022, ascienden a la suma de \$49.152 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65; condenó a la organización demandada a pagar a la actora \$8.684.722 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, valor que deberá cancelar en los términos señalados en la parte motiva de la sentencia; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probados los medios exceptivos propuestos y condenó en costas a la encartada.

Como fundamentos de su decisión, la Juez A quo señaló, en síntesis, que no media controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 15 de enero de 2014 al 20 de marzo de 2020, en virtud del cual la actora se desempeñó como abogada y, que su asignación mensual ascendió a la suma de \$1.950.000. Dijo en relación con las prestaciones sociales y las vacaciones reclamadas que la demandada las liquidó en debida forma y que fue pagada a la actora mediante depósito judicial, el cual fue retirado por esta el 21 de mayo de 2022, conforme así lo aceptó en su interrogatorio de parte, por lo que no es procedente imponer condena por tales conceptos.

Sobre la indemnización moratoria reclamada, adujo que si bien la accionada efectuó un pago por consignación por concepto de prestaciones sociales, lo cierto es que no demostró que cumpliera con su deber de poner a disposición de un juez del trabajo el respectivo título judicial para que quedara liberada de su obligación, como así lo dispone el numeral 2º del artículo 65 del CST. Añadió que la simple consignación de las prestaciones sociales no libera a la empleadora de la mora, pues estaba llamada a que la demandante tuviera la posibilidad de acceder a tales conceptos, por manera que no se puede predicar la buena fe de la encartada, la cual correspondía a una oficina de abogados, como emana de su certificado de existencia y representación legal.

De otro lado, señaló sobre el despido de la trabajadora, que la demandada dio por terminado el contrato como consecuencia de una fuerza mayor o caso fortuito, debido a la escasez del trabajo y flujo de caja, por el tiempo en que tuvo lugar la emergencia sanitaria, invocando como fundamento el Acuerdo PSSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, el cual prorrogó la suspensión de términos judiciales prevista en Acuerdos anteriores, desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril de 2020, circunstancia que a la luz de los artículos 61, 62 y 63 del CST no se constituye en una causa legal o justa para dar por terminado el contrato de trabajo, por lo que el finiquito deviene en injusto.

En gracia de discusión, señaló que en todo caso no se encuentra acreditada la fuerza mayor como justificante para la terminación del contrato de trabajo, porque la suspensión de los términos judiciales dispuesta por la autoridad competente, no finalizó la actividad judicial, sino que interrumpió la misma por un lapso para no vulnerar los derechos de las partes, por lo que en los términos del artículo 51 del CST, con ocasión a una fuerza mayor o caso fortuito lo que procedía era la suspensión del contrato y no su terminación, máxime que el Ministerio del Trabajo mediante diversas circulares, presentó los lineamientos para los empleadores en pro de proteger los trabajadores, pudiendo la encartada adoptar cualquiera de las medidas allí previstas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDADA formuló recurso de apelación, aduciendo en síntesis que, la decisión de primer grado ha desconocido que media prueba suficiente del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, lo cual fue debidamente notificado mediante correos electrónicos remitidos a la trabajadora, acotando que la comunicación mediante mensaje de datos, es una forma de notificación, como así lo ha definido la CSJ, al modular que: “(...) *En relación con la función que cumple la constancia que acuse recibo de la notificación mediante el uso de un correo electrónico o cualquier otra tecnología debe aclararse que los artículos 291 y 292 del CGP, prevé que: “Se presumirá que el destinatario recibió la comunicación cuando el iniciador recepcione acuso de recibido, esto es, que la respuesta del destinatario indicando la recepción del mensaje de datos hará presumir que lo recibió”.*

Por tanto, dijo que es evidente la buena fe de parte de la organización al cumplir cabalmente durante la terminación de la relación laboral, con todas las obligaciones contractuales y legales a su cargo ante la actora, lo cual la exime de toda responsabilidad frente a la trabajadora y frente a la ley, pues durante la ejecución del contrato se le pagaron sus salarios, prestaciones sociales y vacaciones a las que tenía derecho, razón por la cual debe revocarse la condena a título de indemnización moratoria, pues consignó dichas acreencias a la trabajadora y le comunicó tal situación, junto con la respectiva liquidación, lo cual fue aceptado por la demandante en su interrogatorio de parte.

De otro lado, señaló que la Juez A quo tampoco valoró que por los efectos de la pandemia la organización se vio obligada a terminar el contrato de trabajo celebrado con la demandante, pues esta fue vinculada para desempeñar las labores propias de dependiente judicial, lo que implicaba realizar gestiones y actividades presenciales en los diferentes judiciales donde se llevaban procesos de los clientes de la organización; resaltando que por las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para controlar la propagación de la enfermedad Covid 19, la administración de justicia se vio gravemente afectada con la suspensión de términos, prohibición de ingresos a despachos judiciales y celebración de audiencias, lo que por sustracción de materia dejó sin funciones a la demandante, por manera que al considerarse que no padecía quebrantos de salud ni comorbilidades, se le solicitó la prestación del servicio de manera presencial para que le informara a los clientes el estado de los procesos, previo cumplimiento de los protocolos de bioseguridad y en aras de

preservar su trabajo, sin embargo la actora se negó a cumplir sus funciones en tales condiciones; aunado a que el Despacho no tuvo en cuenta la difícil situación económica de la encartada, al quedarse sin ingresos como consecuencia de las medidas tomadas con ocasión a la Pandemia, además, apreció erróneamente la carta de terminación del contrato de trabajo, en la cual se puso de presente que su voluntad se vio afectada por circunstancias irresistibles e invencibles que subyugaron cualquier pronóstico del que se tuviera proyección, en tal sentido no puede predicarse de manera alguna la mala fe de la empleadora, quien realizó todo aquello que estuvo al alcance para salvar los empleos o al menos, para retomarlos en el futuro, en el que se tuviera unas condiciones que permitieran tener y mantener una nómina dentro de la organización, recalcando que su decisión no estuvo revestida de ilegalidad e ilicitud.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero, el determinar si la demandada obró de buena fe frente al pago de salarios y prestaciones sociales, y por ende, si debe ser absuelta de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST; segundo, si la actora fue despedida con justa causa, y en consecuencia, se torna improcedente la indemnización por despido injusto, reclamada por la trabajadora.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto los siguientes supuestos de hecho: **1.** Que entre la señora MILECSY SOFÍA ARENAS CASTRO y la demandada se celebró contrato de trabajo a término indefinido el 15 de enero de 2014, en virtud del cual la trabajadora desempeñó como último cargo el de abogada, según lo definido por la primera instancia e incontrovertido por las partes; **2.** Que el 20 de marzo de 2020, la accionada dio por terminado el vínculo laboral que la ató con la accionante (páginas 17 a 18 Archivo 15 del ED); **3.** Que el último salario devengado por la trabajadora ascendió a la suma de \$1.950.000 (página 20 Archivo 01 del ED).

Aclarado lo anterior, procede la Sala de Decisión a resolver el primer problema jurídico planteado, para lo cual ha de recordarse que conforme a reiterada jurisprudencia, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST no opera de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que goza de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, pero es a este a quien le corresponde demostrar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe (Sentencia SL4256-2022).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a *“obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45175)”*

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, es la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando

dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando se advierta que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, rememorada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

Ahora bien, sobre el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales por parte del empleador a través del pago por consignación, desde antaño ha expuesto la Honorable Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación laboral-, M.P. Hugo Suescun Pujols, en sentencia del 24 de agosto de 1994, radicado 6813, que:

“Precisamente para el evento de que a la finalización del contrato exista desacuerdo entre las partes acerca del monto de los salarios y las prestaciones que adeude el empleador o si el trabajador se niega a recibir – dado que le está prohibido al patrono deducir, retener o compensar sumas de dinero que correspondan a salarios y prestaciones del trabajador, salvo expresa autorización de éste o de la ley (art. 59-1 C.S.T.)- el artículo 65 del C.S.T. prevé que, para poder liberarse de la indemnización moratoria, el patrono debe consignar ante el juez, o la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese adeudar por los referidos conceptos (subrayado fuera del texto)

“Por lo demás, la Corte prohíja las atinadas consideraciones del a quo, según las cuales, para aplicar la sanción moratoria, no es necesario que el trabajador reclame de su empleador los derechos laborales causados a la terminación del contrato, ni que la negativa suya a recibir acredite buena fe patronal, pues en tales eventos el patrono debe consignar la suma debida y entregar el título al correspondiente juzgado para así exonerarse de la dicha sanción. (Subrayado fuera del texto).

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación laboral, en sentencia del 20 de octubre de 2006, radicado 28090, precisó que no es suficiente hacer el pago por consignación para que el empleador se libere de la sanción moratoria, sino que debe comunicarle al trabajador la existencia del título y el juzgado donde se hizo la respectiva consignación, así:

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

La sentencia de 19 de abril de 1996 Rad. 8075 en su parte pertinente sostuvo: “Es que si bien el reconocimiento, a través de la consignación por parte de la demandada, de una acreencia laboral reclamada en el proceso, puede configurarse en circunstancia que demuestre buena fe que la exima del pago de la indemnización moratoria, lo cierto es que aparece inaceptable que dicho

reconocimiento únicamente lo conozca la propia empresa consignante, puesto que no lo informó al juzgado que tramitaba el proceso o a la acreedora interesada en su cancelación, de suerte que tal depósito, en esas condiciones, no cumple su finalidad y no demuestra un comportamiento de buena fe de la empresa". (Subraya fuera de texto).

Descendiendo al caso objeto de estudio, se constata que una vez terminó el contrato de trabajo existente entre las partes, que lo fue el 20 de marzo de 2020, a la trabajadora demandante no le fue reconocida de manera inmediata la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales, pues conforme a las pruebas documentales allegadas por ambas partes, se tiene probado que el extremo pasivo hasta el 1º de abril de 2020, remitió correo electrónico con destino a la accionante, mediante el cual se le puso de presente tal liquidación para su aprobación y aceptación, misma que no fue admitida por la trabajadora, en tanto que esta mediante correo electrónico del 2 de abril de 2020, solicitó la corrección del extremo inicial del vínculo laboral, así como el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria (páginas 23 Archivo 01 y 20 Archivo 15 del ED).

Asimismo, se encuentra demostrado que la empresa demandada envió mensaje de datos a la demandante, en el cual le informó que la entrega de sus prestaciones sociales se realizaría en la oficina de la accionada el día martes 7 de abril de 2020 a las 9:00 a.m. (páginas 23 a 24 Archivo 01 del ED), cita que la convocante desde la demanda aceptó no haber cumplido, debido a las restricciones de movilidad que se habían impuesto por el Gobierno Nacional con ocasión a la Pandemia declarada a causa del Covid 19, a más que debía propender por la salud de su madre, quien contaba con 70 años y padecía cáncer de mama (páginas 2 a 3 Archivo 01 del ED).

Es así que la convocada, consignó el valor de la liquidación de la demandante al Banco Agrario de Colombia el día 8 de abril de 2020, y le remitió un comunicado informándole de tal trámite, en los términos que se citan a continuación³:

³ Página 29 Archivo 01 del ED.

Respetada señorita:

En vista de su no asistencia a la oficina el día martes 7 de abril de 2020, como habíamos convenido según email del día 2 de abril y posterior mensaje de Whatsapp, nos permitimos informarle que el dinero de su liquidación se consignó previamente a un depósito judicial en el Banco Agrario, esto teniendo en cuenta que la empresa se cerró y no podemos reprogramar nuevamente una cita ni estar saliendo por los motivos a nivel nacional ampliamente conocidos.

Visto lo anterior, se tiene que, contrario a lo aducido por la alzada, en el presente caso no se advierte un actuar de buena fe por parte de la empleadora convocada, como quiera que a la data de terminación del contrato de trabajo, no procedió de manera inmediata a reconocer y pagar a la demandante el valor de la liquidación definitiva del contrato de trabajo, en tanto que tal suma, no aceptada por la demandante, le fue reconocida mediante pago por consignación solo hasta el 8 de abril de 2020; aunado a ello, se tiene que el correspondiente título judicial no fue puesto a disposición del juez del trabajo, como así lo exige el artículo 65 del CST, pues se advierte de la comunicación anteriormente citada, que a la demandante no se le informó el juzgado en el cual quedó radicado, para su aprobación de pago, siendo claro como lo define la jurisprudencia anteriormente transcrita, que la demandada no actuó de buena fe, y por ende, no se liberó de la indemnización moratoria prevista en la normatividad *ejusdem*, ya que la simple consignación del valor de los salarios y prestaciones sociales, no es suficiente para tener cumplida el pago de tales obligaciones, en tanto debe dársele la posibilidad al trabajador de acceder a la suma dineraria que se consignó a su favor.

En tal sentido, advierte la Sala que la encartada en efecto obró de mala fe, y por ende, resulta acertada la decisión adoptada por el Juzgado de Conocimiento, en cuanto impuso condena a esta por concepto de indemnización moratoria, en los precisos términos que lo hizo, pues no es del caso revisar los extremos y los valores definidos por la Juez A quo, toda vez que ello no se discute en el recurso de apelación; motivo por el cual el fallo de primer grado habrá de confirmarse en este puntual aspecto.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, procede la Sala a definir, si el despido de la trabajadora lo fue con justa causa, como así se indica en la alzada, para lo cual se impone indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión

legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y Parágrafo del art. 62 del CST.

En el *sub judice*, es claro que la parte demandada fue quien dio por terminado el contrato de trabajo mediante carta del 20 de marzo de 2020, indicándole a la trabajadora lo siguiente⁴:

Señora
MILECSY SOFIA ARENAS CASTRO
C.C. 26918994
arenass379@gmail.com
Ciudad

Cordial saludo:

Como es de conocimiento público, se atraviesa por una situación sin precedentes en la historia del país que ha llevado a las autoridades a emitir Actos Administrativos cuya consecuencia acarrea para todos, una serie de cambios en la forma de vida, en las costumbres, en la rutina diaria y por supuesto en la jornada laboral.

Tales cambios afectan directamente el objeto social, el quehacer y las funciones propias en el desempeño, que dentro de la "Organización Riveros Díaz" se venían realizando. Cambios que según comunicado de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PCSJA20 – 11521 del 19 de marzo de 2020, obedecen a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito por ser de carácter imprevisible, inimputable e irresistible.

Es así como, el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA20 – 11521 del 19 de marzo de 2020 "Por medio del cual prorroga la medida de suspensión de términos adoptada mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519 del mes de marzo del año 2020 y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública". Anuncia: " (...) medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, por haberse visto afectado el país con casos de la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial."

En el aspecto que atañe directamente a las labores en la "Organización Riveros Díaz", acuerda:

"ARTÍCULO 1. Prorrogar la suspensión de términos adoptada en los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519 del mes de marzo del año 2020, desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril del año 2020, incluidas las excepciones allí dispuestas."

Si se toma en cuenta que esta prórroga empata con el receso de Semana Santa, estaríamos en cese de actividades por cerca de un mes, tiempo que de acuerdo a las circunstancias, puede nuevamente variar, configurándose así, un imprevisto al que no es posible resistirse y que proviene de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes.

De esta manera, se está ante un claro caso fortuito o de fuerza mayor que es inimputable, vale decir, que proviene de una causa imprevisible, esto es, que no se pudo prever dentro de los cálculos ordinarios y corrientes; e irresistible, es decir, que no se ha podido evitar, ni aún en el evento de

oponerse las defensas idóneas para lograr tal objetivo; como se hizo con la variación del horario laboral para evitar el desplazamiento en hora pico y la adopción de las medidas recomendadas por la Administración para mitigar el evento.

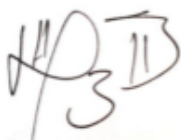
Situación que conlleva a comunicarle la imposibilidad de continuar con la relación laboral, teniendo que terminar el contrato de manera unilateral a partir de la fecha de esta comunicación (20 de Marzo de 2020), obedeciendo a las razones anteriormente expuestas.

Estamos muy agradecidos por todo el tiempo laborado en la Organización, por toda su dedicación y esfuerzo en pro de sacar adelante este proyecto, pero las circunstancias superan los límites que la Oficina dispone para enfrentar la realidad adversa que se presenta. Usted conoce de todo el sentido humano que como empleadores le hemos compartido, para hacerle parte importante del equipo de trabajo y sabemos por tanto, que comprende los motivos de esta determinación.

No resta más que reiterarle nuestros agradecimientos, en los próximos días le estaremos haciendo saber la fecha y hora para efectos de la liquidación correspondiente. Nuestros más sinceros deseos porque la situación se torne favorable para todos y pronto se abran mejores horizontes de bienestar y progreso.

Esta comunicación se notifica vía correo electrónico, en razón a las medidas que desde la misma Organización Mundial de la Salud y adoptadas por las autoridades del orden Nacional y Distrital, se recomiendan en concordancia con el aislamiento preventivo, para contener la propagación del virus.

Con sentimientos de afecto,



NELLY DIAZ BONILLA
Representante Legal

Conforme a la carta referenciada, se tiene que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo, debido al cese de actividades de la organización por el término de un mes, que podía prorrogarse, a causa de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, con ocasión a la emergencia sanitaria causada por el Covid 19, que implicaron la suspensión de términos judiciales, lo cual calificó como circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, que le eran imprevisibles e irresistibles.

Tales justificaciones, como bien lo apuntaló el juzgado de conocimiento no se corresponden con una forma de terminación legal del contrato de trabajo o con una justa causa de despido a la luz de los términos previstos en los artículos 61 y 62 del CST, de suerte que, contrario a lo referido en la alzada, en el presente caso sí se configuró el despido injusto, no siendo atendibles de ninguna manera las razones dadas por la encartada en su carta de despido, pues la imposibilidad de prestar el servicio por fuerza mayor o caso fortuito a lo sumo, permite dar aplicación a la figura de la suspensión del contrato de trabajo de que trata el artículo 51 de la normatividad *ejusdem*, pero de ninguna

manera abre paso a la terminación del mismo. A lo anterior, se suma que la difícil situación económica por la que pudo atravesar la organización demandada a causa de la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, de ninguna manera puede valorarse como una justificación atendible para el despido de la demandante, porque además de ello no estar previsto en la ley, a la luz del artículo 28 del CST, *“El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca sumir sus riesgos o pérdidas”*.

De manera que, el extremo demandado debe asumir las consecuencias de su decisión, esto es, reconocer y pagar a la trabajadora la indemnización por despido sin justa causa, en tanto que su determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se tornó en injusto.

Y es que, en el presente caso, contrario a lo indicado en la alzada, no se acredita que la demandada haya tomado todas las medidas tendientes a conservar el vínculo, pues no se advierte demostrado que se acataran las recomendaciones establecidas en las Circulares 021 y 033 de 2020 proferidas por el Ministerio del Trabajo, en las que se establece que ante la propagación del Covid 19 en el territorio nacional, el empleador debe buscar alternativas como el trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, permisos remunerados, salario sin prestación de servicios, licencia remunerada compensable, modificación de la jornada laboral y concertación del salario, modificación o suspensión de beneficios extralegales y concertación de beneficios convencionales. Por tanto, no existe para la Sala ninguna duda que el contrato de trabajo existente entre las partes terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora..

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, procede la confirmación de la sentencia de primer grado. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a la fecha de pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

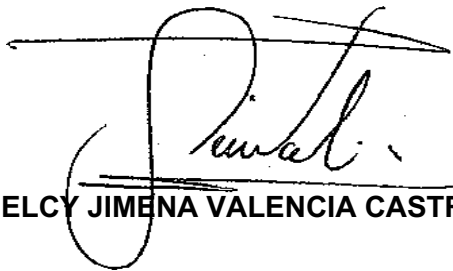
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a la fecha de pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Fuero Sindical
RADICADO:	11001-31-05-026-2020-00273-01
DEMANDANTE:	JOHN JAIRO LÓPEZ GALINDO
DEMANDADO:	CONCRETOS ARGOS S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 29 de noviembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 29 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso especial de fuero sindical – acción de reintegro promovido por **JOHN JAIRO LÓPEZ GALINDO** contra **CONCRETOS ARGOS S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-026-2020-00273-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA Y REFORMA¹

El promotor de la acción pretende se declare que: i) se encuentra amparado bajo la garantía de fuero sindical, establecido en el artículo 39 de la CP y los artículos 405 y 406 literal d) del CST, teniendo en cuenta la condición de miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos de SINTRAINMACONST, ii) la demandada no solicitó la autorización del Juez del trabajo para proceder a su despido y, iii) la terminación del su contrato se torna ineficaz; como consecuencia de ello, se condene a la demandada a reintegrarlo desde el 17 de junio de 2020, al cargo de conductor de Mixer o a uno de similar categoría al que venía desempeñando al momento de la terminación, junto con el pago de salarios, prestaciones legales, como lo son las cesantías y los intereses a las cesantías, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social generados desde la fecha del despido, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que el 15 de junio de 2008 se vinculó con la demandada mediante contrato a término fijo, para desempeñar el cargo de conductor de mixer con funciones de cargue y descargue, transporte de concreto y conductor maquinaria pesada “*doble troque*”. Que al interior de la demandada hace presencia la organización sindical de primer grado y de industria denominada SINTRAINMACONST con personería jurídica I 029 de junio de 2017. Que fue designado miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos por parte de la organización sindical, lo cual fue notificado al Ministerio del Trabajo el 3 de marzo de 2019. Que, mediante comunicación del 17 de junio de 2020, la demandada dio por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa. Que su último salario promedio con incentivos ascendió a la suma de \$2.500.000. Que elevó solicitud de reintegro ante la encartada.

A través de la reforma de la demanda formulada en la audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2023, el accionante agregó un hecho nuevo, consistente en que después de concluidos los 6 meses de plazo inicial del contrato, se configuró una nueva relación laboral a término indefinido entre las partes, ya que la parte

¹ Archivo 01 y Archivo 06 del Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

empleadora no llevó a cabo ninguna prórroga de la relación laboral inicialmente celebrada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y REFORMA²

En la audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2023, la entidad demandada contestó el libelo por intermedio de su apoderada judicial, quien se opuso a la totalidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, expuso en síntesis, que el apoderado del demandante confunde el despido con la terminación unilateral por vencimiento del plazo fijo pactado, siendo esta última, la forma como terminó el contrato de trabajo del demandante, el cual se pactó a término fijo, modalidad que nunca varió, por cuanto siempre fue prorrogado. Añadió que para la terminación del vínculo laboral por vencimiento del plazo fijo pactado no se requiere autorización judicial. También dijo que no le asiste derecho al accionante al reintegro pretendido, máxime que existieron circunstancias que precedieron la no renovación del contrato de trabajo del demandante, como lo fue la emergencia sanitaria generada por el Covid- 19, que afectó la economía no solo a nivel nacional sino mundial y de la que, por supuesto no fue ajena Argos, dado que en su interior se generó una importante baja en la demanda de concreto, debido a las restricciones de actividades de construcción y movilidad ordenadas por el gobierno nacional.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: Inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y la genérica.

Por su parte, la organización sindical **SINTRAINMACONST** representada por *Curador ad litem*, coadyuvó a las pretensiones de la demanda, al considerar que en el presente caso no se encuentra probado el contrato inicial ni sus prórrogas, circunstancia que dio lugar a un nuevo contrato de trabajo a término indefinido, que no podía culminar en los términos anotados por la demandada, configurándose así un despido sin justa causa.

² Archivos 08 y 09 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 29 de noviembre de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó la Juez a quo, en síntesis, que no existe discrepancia en que al momento de la terminación del contrato de trabajo el actor gozaba de la garantía de fuero sindical, ya que así lo aceptó la demandada al ejercer su derecho de contradicción y de defensa. Sostuvo igualmente, que se encuentra acreditado que entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término fijo por el plazo de 180 días o 6 meses, el cual inició el 18 de junio de 2008, teniendo 3 prórrogas por el mismo término y, después, se prorrogó sucesivamente por períodos de un año, siendo la última prórroga, la comprendida entre el 18 de junio de 2019 y el 17 de junio de 2020.

Agregó que el 15 de mayo de 2020 al demandante se le extendió comunicación de la encartada en la que se le informó que su contrato no sería prorrogado nuevamente, y que este finalizaría el 17 de junio de 2020, fecha esta en la que terminaría su última prórroga, de suerte que el vínculo laboral finiquitó por un modo legal de terminación, es decir, por expiración del plazo fijo pactado conforme a lo establecido en el artículo 61 del CST, pues se cumplió con el preaviso dentro de los 30 días anteriores a la finalización del término de la relación laboral.

En ese orden, indicó que la empleadora no estaba llamada a solicitar el permiso de levantamiento de la garantía foral, porque en realidad no acaeció ningún despido del trabajador, conforme así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento de este, argumentó que la jurisdicción, la jurisprudencia y el derecho no avanzan y se quedan atrás frente a los retos actuales y a circunstancias de engaños u omisión de responsabilidades por parte de las empresas. Añadió que en este caso estamos

hablando de un derecho de rango constitucional, como lo es el derecho de asociación de los trabajadores.

Precisó que el contrato a término fijo es una norma inferior al derecho constitucional, por manera que en el presente caso no se está teniendo en consideración la jerarquía de la ley, pues únicamente se ha dado aplicación a la fórmula “2 más 2 es 4”, pero no se está haciendo un análisis jurídico relevante, en tanto no se ha definido de fondo si existe o no una omisión de las responsabilidades del empleador. En ese orden, adujo que la justicia debe efectuar un análisis jurisprudencial que permita determinar si en el *sub judice* se está o no vulnerando o desconociendo un derecho.

Así, afirmó que en su sentir sí se está desconociendo una garantía fundamental porque el actor goza de fuero sindical, la cual está llamada a tener un efecto, independientemente del contrato de trabajo celebrado. Añadió que no se entiende la razón de firmar tratados internacionales o de adquirir compromisos con la comunidad internacional, si internamente se va a permitir la omisión de esas responsabilidades, al tomar la literalidad de la norma, según la cual, al cumplirse el plazo pactado en el contrato a término fijo, se acaba el vínculo, sin importar que el trabajador en su ejecución adquirió una característica especial.

Dijo que el derecho sindical es superior a la suscripción de un contrato a término fijo, por manera que se debe respetar la jerarquía de los principios del derecho, pues con la decisión de primer grado se está eliminando el fuero sindical y evadiendo las responsabilidades adquiridas y que conforman el bloque de constitucionalidad, por lo que en el análisis que se efectúe en la segunda instancia se debe enmendar en lo posible los errores cometidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta

consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada³, si se equivocó la falladora de primer grado a la luz de las normas internacionales, al negar el reintegro deprecado, aduciendo que la terminación del plazo fijo pactado del contrato existente entre las partes no requería del permiso del Juez del trabajo para terminar el vínculo con el actor como beneficiario de la garantía del fuero sindical.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor JHON JAIRO ALFONSO LÓPEZ GALINDO suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la empresa CONCRETOS ARGOS S.A., el 18 de junio de 2008 (páginas 16 a 19 Archivo 33 ED); **2.** Que el 15 de mayo de 2020 la demandada extendió comunicación de no renovación del contrato al demandante (página 40 Archivo 40 del ED); **3.** Que el demandante se afilió a SINTRAINMACONST, Sindicato de primer grado y de empresa, como así lo aceptó lo aceptó la demandada en su contestación a los hechos 3 y 5 de la demanda (Página 2 Archivo 33 ED).

En aras de resolver el problema jurídico planteado, debemos empezar por indicar que la Organización Internacional del Trabajo-OIT, como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, definió en el Convenio 87 de 1948, en su artículo 11 que: *“Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”*.

En igual sentido, en los numerales 1 y 2 del artículo 1º del Convenio 98 de 1.949, adoptado por la OIT, se previó lo siguiente:

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

³ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

(a) *sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;*
(b) *despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo*".
(Subraya fuera de texto).

Tanto el Convenio 87, ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1.976, como el Convenio 92 ratificado mediante la Ley 27 de 1.976, gozan del estatus de Convenios Fundamentales, es decir que abarcan temas considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo, mismos que a su vez se encuentran incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, como así expresamente lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2543 de 2020.

El artículo 39 constitucional, por su parte, reconoce el fuero sindical a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, de suerte que dicho derecho corresponde a una institución de especial jerarquía de rango constitucional, que tiene como fin proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores, que beneficia tanto al sindicato como al trabajador miembro de la organización.

Adicionalmente, el artículo 405 del C.S.T., prevé que el fuero sindical se traduce en la estabilidad laboral de que *"gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

Según el artículo 406 CST, están amparados por el fuero sindical, en lo que interesa al presente caso:

“c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más..." (Subraya fuera de texto).

El fuero sindical entonces, protege la libertad de la actividad sindical y ampara la estabilidad del beneficiado a través de una acción expedita, ágil e idónea en la que se controvierten los actos de desvinculación que atenten contra la garantía sindical.

Por su parte, el artículo 410 del C.S.T., establece que son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

“a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y

b) Las causales enumeradas en los artículos [62](#) y [63](#) del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.”

En el caso bajo estudio, está plenamente acreditado que el señor JHON JAIRO LÓPEZ (Q.E.P.D.) fue elegido miembro de la Comisión estatutaria de Reclamos de SINTRAINMACONST como dan cuenta las documentales obrantes a páginas 24 a 25 Archivo 02 del ED y, además, que dicha designación fue debidamente notificada al empleador, pues así fue aceptado por la pasiva al contestar la demanda en su hecho 5º (Página 2 Archivo 33 ED), es decir, que al tenor de lo establecido en los literales c) y d) del artículo 406 del C.S.T., para el 17 de junio de 2020, cuando se terminó el vínculo laboral, el actor gozaba de fuero sindical. De otro lado, también está demostrado que la terminación del contrato de trabajo se dio por la expiración del plazo fijo pactado, pues la última prórroga del contrato del demandante tuvo lugar entre 18 de junio de 2019 al 17 de junio de 2020, y la parte empleadora le comunicó al promotor de la acción que su contrato de trabajo no sería prorrogado, desde el 15 de mayo de 2020 (Páginas 16 a 19 y 40 del Archivo 33 del ED).

Bajo ese entendido, esto es, que la terminación del contrato de trabajo se dio por expiración del plazo fijo pactado conforme a los parámetros del literal c) del artículo 61 del C.S.T., y que el empleador dio cumplimiento al preaviso dentro del término establecido en el numeral 1º del artículo 46 *ibidem*, indefectiblemente hay que concluir que la demandada no estaba obligada a solicitar la autorización al Juez del Trabajo para proceder con la finalización del vínculo laboral, en razón a que

dicha autorización únicamente se requiere cuando la rescisión del contrato tiene su génesis en las causales establecidas en el artículo 410 del C.S.T.

Así lo tiene establecido de vieja data la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la CSJ, la cual se mantiene incólume en la actualidad. Dijo el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral dentro de sentencia del 25 de marzo de 2009, rad. 34142, lo siguiente:

“...en tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.

En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical.

En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas”

Tal postura ha sido objeto de respaldo en diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, entre los cuales vale la pena destacar las sentencias STL12064-2020, STL6790-2020 y STP8878-20221.

En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-162 de 2009 indicó que:

“6.3. De lo afirmado se desprende que es de la esencia de la protección foral la previa autorización judicial para “despedir” al trabajador aforado. El juez debe comprobar si existe o no una justa causa y por consiguiente autoriza o no el despido, traslado o desmejora. De modo, que la previa autorización judicial para el despido del trabajador con fuero sindical es una exigencia legal y su desconocimiento afecta el debido proceso y los derechos de asociación, libertad y fuero sindical. Lo anterior, por cuanto el patrono no puede definir motu proprio el despido, traslado o desmejora de quien goza de fuero sindical,

ni calificar la causa. Se impone, por consiguiente, la necesidad de previa calificación judicial.

6.4. No obstante lo anterior, es de resaltar que el artículo 411 del CST^[34], señala los casos en que la terminación del contrato procede, sin previa calificación judicial, así:

“La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento, o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial en ningún caso.

(...)

7.3. Al acordar las partes la modalidad contractual de duración definida, en la terminación del vínculo debía observarse lo dispuesto por el artículo 46 del CST, esto es, dar aviso a los actores de la no continuidad de su contrato a término fijo, lo que en efecto ocurrió con la antelación exigida por la ley y por escrito. Como sustento de la decisión se invoca el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, mediante el cual al resolver la acción T -003 del 24 de enero de 1992, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo: “...Fuero Sindical. No ampara a trabajadores vinculados por contrato a término fijo. Esa apreciación en sentir de la Corte, es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo periodo con el lleno de las formalidades de ley...”.

Siguiendo esa senda, el reintegro deprecado por un trabajador amparado por fuero sindical solo resulta procedente cuando la terminación del contrato de trabajo se da de forma unilateral por el empleador con base en la causales establecidas en el artículo 62 del C.S.T., sin que previamente haya adelantado el respectivo proceso de levantamiento de fuero sindical o cuando lo despide sin esgrimir causa alguna, es decir, lo que protege la estabilidad laboral que nace a la vida jurídica con la obtención del fuero sindical, es evitar que el trabajador sea despedido sin que previamente el Juez Laboral califique si existe o no una justa causa para tal determinación patronal, pero dicha garantía no tiene el alcance para limitar o desnaturalizar una de las formas legales y objetivas para terminar el contrato de trabajo, como lo es la finalización del plazo fijo pactado.

Esto es así, como quiera que de conformidad con la legislación nacional y supranacional, el fuero sindical no es un derecho absoluto, sino que debe estar sujeto a los límites que imponga el ordenamiento jurídico, sin que pueda llegar a desnaturalizar su objeto, lo cual no ocurre, cuando un contrato de trabajo se termina

conforme a los parámetros legales, tal como aconteció en este asunto, de ahí que, se *itera*, la protección del fuero sindical opera en los casos de despido, más no cuando el contrato se termina por la expiración del plazo fijo pactado.

Tal postura para nada desconoce o incumple lo que al respecto prevé la legislación supranacional ratificada por el Estado Colombiano, pues conforme al artículo 1º del Convenio 98 de la OIT ya citado, se prohíbe el despido del trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales como una manera de protegerlo contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; dimanando que la terminación del contrato a término fijo por una causa legal y objetiva, como lo es la expiración del plazo fijo pactado, no puede ser interpretada como una senda para desconocer los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en el ámbito del derecho del trabajo, según expone el alzadoista, pues como ya se vio, tal terminación no se corresponde con un despido, y es por ello que, se equivoca el recurrente al aducir que la legislación interna y la jurisprudencia no atienden esos compromisos, porque justamente lo que se ha adoptado a nivel interno, es la protección del trabajador aforado de los despidos que atenten contra el derecho de la libertad sindical, al exigirse desde el artículo 116 del CPT y de la SS, que el empleador que pretenda despedir, desmejorar o trasladar a un trabajador amparado por fuero sindical, debe promover la demanda ante el Juez del Trabajo para obtener el correspondiente aval y, además, aducir una justa causa para esos efectos.

Por tanto, no encuentra la Sala ningún yerro en la determinación adoptada por la Juez a quo, y es por lo que, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

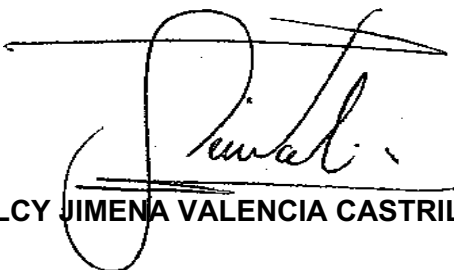
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 29 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2021-00041-01
DEMANDANTE:	CARMEN AMPARO HUERTAS PERALTA
DEMANDADO:	PROTECCIÓN- COLPENSIONES- BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA
ASUNTO:	Apelación Sentencia 8 de noviembre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Intereses moratorios – Garantía de Pensión Mínima.
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulados por la parte demandada **PROTECCIÓN S.A.** respecto de la sentencia del 8 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARMEN AMPARO HUERTAS PERALTA** contra **PROTECCIÓN-COLPENSIONES- BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA** con radicado No. **11001-31-05-026-2021-00041-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez por garantía de pensión mínima a partir del 15 de julio de 2018, que se condene a Protección S.A., Beneficencia de Cundinamarca y Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Carmen Amparo Huertas Peralta la garantía de pensión mínima a partir del 15 de julio de 2018 junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, la demandante manifestó que nació el 15 de julio de 1961 en tanto, cumplió la edad de 57 años el mismo día y mes del año 2018. Que se encuentra afiliada a Protección S.A. registrando un total de 1.440 semanas, al haber cotizado a la AFP privada, Colpensiones y a la Beneficencia de Cundinamarca. Que el 12 de julio de 2018, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez a Protección S.A.

Que mediante Resolución 2106 del 13 de diciembre de 2018, la Beneficencia de Cundinamarca aprobó el bono pensional. Que, en el mes de febrero de 2019, el Ministerio de Hacienda mediante Resolución número 18973 emitió bono pensional de la Beneficencia y lo envió a Protección S.A. Luego, que el 15 de mayo de 2019, es informada por parte de la AFP privada que la Resolución del Bono Pensional fue anulada y que ya habían recibido la certificación y nueva liquidación del Bono pensional.

Adujo, que el 31 de mayo de 2019, es contactada por vía telefónica por un asesor de Protección S.A. quien le informó que, al corregir el bono pensional de la Beneficencia, había aumentado el capital y ya no se le pensionaría por garantía de pensión mínima, sino, por retiro programado pues ya tenía el capital suficiente requerido por la ley, por lo que Protección S.A.

¹ Pág. 1-6 archivo 01 del expediente digital.

negociarían la redención del bono pensional. Sin embargo, luego de incontables derechos de petición instaurados a Protección S.A, Beneficencia de Cundinamarca, Colpensiones y Ministerio de Hacienda a la fecha no ha sido reconocida su prestación de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la actora dirige las pretensiones de vejez en contra de PROTECCIÓN S.A.

Propuso como excepciones de fondo que denominó, inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe- principio de legalidad, y genérica.

PROTECCIÓN S.A.³ a través de apoderado judicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumentó que la garantía de pensión mínima está a cargo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público- OBP, quien decide si se reconoce o no esta prestación económica, siendo requisito de Protección S.A. de radicar la solicitud ante la OBP solo cuando el bono pensional se encuentre emitido. En consecuencia, luego de realizar las gestiones pertinentes ante la Beneficencia de Cundinamarca, la misma no ha confirmado la historia laboral de la demandante. Lo que impide que Protección S.A. pueda avanzar en la definición de la prestación pensional.

² Folios 2 a 31, archivo 18 proceso escaneado.

³ Pág. 5 a 68 archivo 19 del expediente digital.

Formuló, la excepción de previa de falta de integración de litisconsorte necesario y solicitó vincular a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Como excepciones de mérito las que denominó; hecho exclusivo de un tercero, buena fe, genérica, prescripción, compensación y pago.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO⁴, con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, señaló que le corresponde a Protección S.A y no a la Oficina de Bonos Pensionales de la cartera ministerial adelantar ante el emisor del eventual bono pensional de la actora, gestiones que le corresponden como administradora. Que la señora Huertas Peralta, tiene derecho a que se emita en nombre suyo un Bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización al ISS o cajas públicas superior a 150 semanas.

Agregó, que la fecha de redención normal de los Bonos Pensionales modalidades 1 y 2 tuvo lugar el día 15 de julio de 2021, data en la cual la actora alcanzó los 60 años de edad, de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 20 del Decreto 1748 de 1995 hoy recopilado por el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva del MHCP, falta de reclamación, buena fe y genérica.

BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA.⁵

Con frontal oposiciones a las pretensiones de la demanda. Argumentó que, no tiene ninguna responsabilidad y no le asiste ninguna obligación respecto al reconocimiento de la pensión a la que tendría derecho la demandante, ya que la responsabilidad la tiene Protección S.A. y

⁴ Pág.1 a 38 archivo 23 del expediente digital.

⁵ Pág. 3 a 58 archivo 17 del expediente digital.

Colpensiones, por ser estas las competentes para hacer tal reconocimiento, y ser personas jurídicas diferentes a la Beneficencia de Cundinamarca.

Propuso las exceptivas de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y las excepciones que resulten probadas en el proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de noviembre de 2023, resolvió declarar que Carmen Amparo Huertas Peralta cumple con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión mínima. En consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocerle y pagarle a la demandante una pensión provisional con cargo a los recursos obrantes en su cuenta de ahorro individual y los generados a través de los bonos pensionales tipo A modalidad 1 y 2, emitidos por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuantía de salario mínimo con incrementos y mesadas adicionales, a partir del 17 de julio de 2018 y hasta tanto y de ser necesario solicite PROTECCIÓN S.A., ante la oficina de bonos pensionales de La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público la garantía definitiva de esta prestación. Así mismo, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados a partir del 13 de diciembre de 2018, absolvió a las demás demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas únicamente a PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento de su decisión, inició por realizar un recuento procesal de las contestaciones de la demanda de cada una de las convocadas a juicio. Explicó, que el problema jurídico a resolver es establecer si la actora tiene derecho a la pensión de garantía de pensión mínima junto con el pago de intereses moratorios. Citó el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, para señalar que, según el reporte de semanas allegado por Protección S.A., la actora cuenta con un total de 1439.43 semanas, incluido el tiempo cotizado para las empresas sociales del Estado, como las entidades San Rafael, Fundación

Santa Fe de Bogotá y Beneficencia de Cundinamarca y que revisada la cédula de ciudadanía la actora cumplió la edad de 57 años en el año 2018.

Explicó, que, frente al requisito de un capital deficitario para acceder a la pensión de vejez, se remitió misiva del 29 de septiembre de 2020, donde la administradora informó a la demandante que no fue posible acceder a la pensión de vejez, toda vez, que no cuenta con el capital mínimo. Agregó, que la Oficina de Bonos Pensionales, le comunicó a la AFP que respecto al Bono tipo A modalidad 2, el mismo fue emitido y redimido mediante Resolución No. 25147 del 22 de julio de 2021. Sin embargo, desde la solicitud de la prestación (13 de agosto de 2018) la AFP debió adelantar los trámites necesarios para reconocer la garantía de pensión mínima. Concluyó, que lo anterior es suficiente para determinar que la actora es beneficiaria de la garantía de pensión mínima, pues a la fecha cuenta con más de 1150 semanas, 62 años de edad y la declaratoria de capital insuficiente por parte de Protección S.A.

Expuso, la Juez de instancia en lo referente a la financiación de la prestación económica, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia actual, que le corresponde a la Administradora de Fondo Privado asumir la pensión provisional con cargo a sus propios recursos, en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno por parte de la AFP. Estimo, que es obligación de la AFP y no del afiliado de gestionar todo lo relacionado con la garantía de pensión mínima consagrada en el mencionado artículo 83, teniendo en cuenta que la AFP debe reconocer provisionalmente la pensión de vejez con los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual mientras se efectúa el reconocimiento de la citada garantía de pensión mínima por parte de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En lo relativo a los intereses moratorios, estimó su procedencia atendiendo que la administradora estaba obligada adelantar los trámites necesarios para que se hubiese hecho efectiva la garantía de pensión mínima desde el momento en que la actora solicitó el reconocimiento de la prestación,

conforme lo ordena el artículo 4° del Decreto 832 de 1996 y en concordancia con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primer grado, se alzó la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, pugnando únicamente el ordinal tercero de la sentencia que la condenó al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En lo medular, señaló que la redención del bono pensional se efectuó el 15 de julio de 2021, y solo hasta esa fecha contaba con los recursos suficientes para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver si la Juez de primera instancia acertó al ordenar el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que son hechos indiscutidos y acreditados en el proceso, **(ii)** Que la demandante nació el 15 de julio de 1961, esto es, cumplió 57 años de edad el mismo día y mes del año 2018 y **(ii)** que sumando todo el tiempo laborado y el cotizado a la AFP llamada al proceso, la demandante acredita un total de 1.439.43. **(iii)** Que, la demandante elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Protección S.A. el 13 de agosto de 2018 (pág. 259 a 263 archivo 01 ED) **(iv)** Que, mediante respuesta del 19 de febrero de 2020, Protección S.A. le informó a la actora que no fue posible dar trámite a la petición de garantía de pensión mínima, toda vez, que se encontraba realizando las gestiones necesarias para el trámite del bono pensional. **(v)** Que, mediante misiva del 29 de septiembre de 2020, Protección S.A. le informó a al demandante que no reúne el capital necesario para acceder a una pensión de vejez en el RAIS, teniendo en cuenta que no acreditó un valor suficiente para financiar una pensión superior al 110%. Y frente a la garantía de pensión mínima en definitiva la concede o niega es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ahora bien, frente a los intereses moratorios resulta importante memorar que a partir de la sentencia SL, del 23 de septiembre de 2002, radicado 18512, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que los réditos moratorios deben imponerse ante la tardanza en el pago de mesadas pensionales, sin que interese la buena o mala fe del deudor, o las circunstancias particulares alrededor de la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas. Esto, en la medida que, en rigor, ellos solo corresponden a una compensación económica más no a una sanción para conjurar los efectos adversos que la mora produce en el acreedor pensional. Es decir, su carácter es resarcitorio y no sancionatorio (CSJ SL5673-2021).

En la sentencia SL1567-2023, el máximo Órgano de cierre indicó lo siguiente:

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

“Esta Sala también ha explicado que, por vía de excepción, las administradoras de pensiones se exoneran del pago de los intereses moratorios, cuando quiera que se produce alguna de las siguientes situaciones: i) la AFP niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios (CSJ SL787-2013; SL10504-2014; SL10637-2015; y SL1399-2018), situaciones que no son predicables en el presente asunto, dadas las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que lo rodearon”.

Aclarado lo anterior, conforme a los argumentos de la AFP PROTECCIÓN S.A., la Sala entiende que la excepción en la que dicha entidad pretende escudar su conducta para eximirse de los aludidos intereses es aquella según la cual, en sede administrativa se niega el derecho pensional con apego rigurosos de la Ley. Sin embargo, tal como lo concluyó la Juez de instancia, la tesis de la administradora no esta llamada a prosperar.

En efecto, para más claridad debe memorarse que tras la solicitud de pensión de Huertas Peralta, la AFP decidió negarla porque su cuenta de ahorro individual estaba desprovista de los recursos suficientes y se encontraba en curso el trámite para la expedición de un bono pensional, no obstante, aclaró que una vez que ello se materializara, retomaría el estudio del derecho; sin embargo, tal como lo indicó la Juez singular, cuando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió el bono pensional aludido, el 15 de julio de 2021, la AFP ya contaba con las herramientas para pronunciarse sobre la prebenda pensional, bien fuera para concederla o, para adelantar las gestiones en aras de reconocer la garantía de pensión mínima (CSJ SL1464-2021); sin embargo, nada de eso ocurrió.

En otras palabras, el *A quo* sentó que, una vez Protección S. A. se encontraba habilitada para definir la procedencia del derecho solicitado o gestionar el regulado en el precepto 65 de la Ley 100 de 1993, no lo hizo, siendo esta prestación la que se vino a conceder en este juicio.

Frente a la garantía de pensión mínima, vale recordar lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia CSJ SL1464-2021, donde estableció que los fondos privados de pensiones tienen las obligaciones de suministrar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda la información necesaria para la concesión de tal prerrogativa y además, una vez adviertan el cumplimiento de los requisitos para otorgarla, deben iniciar el pago de la prestación con cargo a los recursos que figuren en la cuenta de ahorro individual. En efecto, la Corte precisó lo siguiente:

*“De lo expuesto, se colige que: (i) la garantía de pensión mínima causada en favor de un afiliado, se financia con el capital obrante en la cuenta de ahorro individual y con los recursos que proporciona La Nación en virtud del principio de solidaridad; (ii) a partir de la información que suministre al fondo privado y con sustento en tal principio, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoce el capital faltante para la prestación, esto es, la garantía de pensión mínima; (iii) **de ahí que la encargada de gestionar la concesión de dicha prerrogativa ante la cartera ministerial, sea la administradora de fondos de pensiones en representación del asegurado**, y (iv) una vez este cumple con los requisitos para acceder a la garantía, la entidad pensional debe comenzar el pago con cargo a los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, y al agotarse, La Nación concurre con los que falten para subvencionarla, conforme lo establecido en el artículo 9.º del Decreto 832 de 1996⁶, tal como lo adocrinó la Sala y ahora lo reitera, en sentencia CSJ SL4531-2020”.*

Así, la demandada no podía simplemente alegar que negó el derecho con apego a la ley, pues ni siquiera emitió un pronunciamiento de fondo en cuanto tuvo los elementos para definir si el capital de la cuenta de ahorro individual sumado al bono pensional, eran suficientes para financiar una pensión en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 o, si por el contrario, debía adelantar las gestiones para el reconocimiento de garantía de pensión mínima, caso en el cual, también podía acudir a los recursos de dicha cuenta para iniciar el pago de la prestación de manera provisional, dado que la convocante reunió 1439 semanas de cotizaciones.

⁶ En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía.

Sin embargo, como se indicó en precedencia la AFP demandada se limitó a señalar que tal obligación estaba en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como se advierte en la comunicación de fecha del 29 septiembre de 2020, vágase decir, luego de transcurrido 2 años y un mes de que la actora radicó la solicitud de pensión de vejez, esto es, el 13 de agosto de 2018.

De esa manera, el argumento de la entidad recurrente no es atendible, porque la excepción alegada tampoco se acreditó y, por ende, los intereses moratorios proceden siempre que haya retardo en el reconocimiento o pago de las prestaciones periódicas a cargo de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas y, menos aún en este caso, donde ni siquiera aparece demostrado que hubiera dado respuesta en cuanto la AFP demandada contó con las herramientas para hacerlo.

En síntesis, no se equivocó la Juez de instancia en condenar a PROTECCIÓN S.A. al pago de los réditos moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues su actuar contrario a lo manifestado no se ajustó a las normas que regula la materia. En consecuencia, queda agotada la competencia de la Sala y se confirma el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** por no haber prosperado su recurso de apelación, se ordena incluir como agencias en derecho, una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

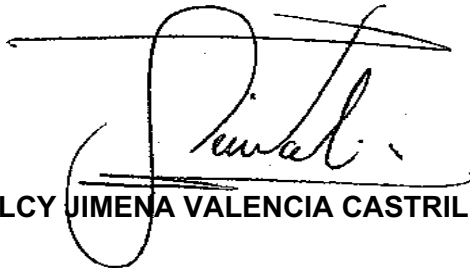
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 8 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada **PROTECCIÓN S.A.** incluyendo como agencias en derecho una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001310503120210021301
DEMANDANTE:	LADY TATIANA VARGAS VERGEL
DEMANDADO:	FONDO NACIONAL DEL AHORRO -FNA-
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Contrato de Trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los demandados **FONDO NACIONAL DEL AHORRO -FNA-**, **S&S SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S**, **CONFIANZA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A.** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** en contra de la sentencia del 5 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **LADY TATIANA VARGAS VERGEL** contra el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO -FNA-**, trámite procesal al que fueron vinculadas, en calidad de litisconsortes necesarios, las empresas **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, **ACTIVOS S.A.** y **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S** y, además, como llamadas en garantía las entidades **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, **SEGUROS GENERALES**

SURAMERICANA S.A., COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, LIBERTY SEGUROS S.A. y CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con radicación Nro. 11001310503120210021300.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora Lady Tatiana Vargas Vergel interpuso demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que entre ella y el Fondo Nacional del Ahorro -FNA- existió un contrato de trabajo vigente entre el 24 de marzo de 2015 y el 11 de noviembre de 2019, fecha última en que fue terminado el ligamen laboral sin mediar justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las prestaciones sociales a que tiene derecho, vacaciones, bonificación por servicios prestados, intereses sobre las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral y los aportes al sistema de seguridad social teniendo en cuenta la remuneración que debía percibir en razón a su cargo y funciones. Finalmente, rogó que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas al momento de su pago efectivo.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó haber prestado sus servicios en favor del Fondo Nacional del Ahorro -FNA- como trabajadora en misión de forma ininterrumpida desde el 24 de marzo de 2015 y hasta el 11 de noviembre de 2019, ocupando el cargo de PROFESIONAL II, enviada por las siguientes empresas de servicios temporales: ACTIVOS S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. y GERENCIA DE TALENTO HUMANO S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.

Manifestó haber desarrollado las funciones de apoyo en la actualización de la documentación del proceso de Gestión Tecnológica del Sistema de Gestión de Calidad -SGC- con observancia en las políticas de calidad y demás lineamientos de la entidad, funciones que, a su sentir, están relacionadas directamente con el objeto social de la demandada.

¹ Folios 10-30 proceso escaneado. (Archivo 3).

Aseguró haber estado obligada a cumplir el mismo horario que el personal de planta vinculado directamente a la entidad demandada (Fondo Nacional del Ahorro), así como atender las directrices dadas por el personal directivo de esa entidad. No obstante, que su remuneración y demás derechos laborales era inferior al percibido por aquellos trabajadores que se encontraban vinculados directamente, aunado a que no le fueron reconocidos los siguientes derechos: prima semestral, prima de navidad, prima de antigüedad, prima técnica, bonificaciones por servicios prestados, auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías.

Con fundamento en lo expuesto, señaló al FNA de incumplir los postulados normativos contenidos en el Decreto 1072 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”*, concretamente lo previsto en el Artículo 2.2.6.5.6 de la mentada norma.

Por último, señaló que su contrato de trabajo fue terminado por la empresa GERENCIA DE TALENTO HUMANO S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S, sin justa causa, reiterando que su verdadero empleador era el Fondo Nacional del Ahorro -FNA-.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA -DEMANDADAS-

El demandado **FONDO NACIONAL DEL AHORRO -FNA-**² se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas. En defensa de sus intereses jurídicos y económicos señaló nunca haber sostenido una relación laboral con la demandante, asegurando que las funciones ejecutadas por esta se hicieron en virtud del vínculo contractual que sostuvo con las empresas de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S, ACTIVOS S.A y GERENCIA DE TALENTO HUMANO S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S., todos con observancia de lo establecido en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Señaló que al interior del -FNA- no existe el cargo denominado “PROFESIONAL II” que alega haber ocupado la demandante y, contrario a lo manifestado por la actora, aseguró que ella no se encontraba obligada a cumplir el

² Ver páginas 9 a 11 del Archivo Nro. 15 del cuaderno de primera instancia.

horario propio de la planta de personal de la entidad, pues eran sus empleadoras quienes debían definir estos aspectos laborales.

Seguidamente, aseguró que la entidad -FNA- ha celebrado sendos contratos de prestación de servicios con diferentes empresas de servicios temporales para el suministro de trabajadores en misión con el objetivo de atender incrementos en producción y reemplazo de trabajadores directos. Todo esto amparada en el contenido del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 con observancia en las reglas de vinculación propias de los servidores públicos, siendo las verdaderas empleadoras quienes se encontraban en la obligación de reconocer y pagar los derechos laborales de la trabajadora, sin que esa obligación pueda trasladársele ante la inexistencia del vínculo laboral pretendido.

Por último, llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., Seguros Generales Suramericana S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., Liberty Seguros S.A. y Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

Por su parte, la demandada **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S** se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la activa. Bajo el argumento que contrató a la demandante como trabajadora en misión mediante 05 contratos, independientes entre sí, cuya existencia dependía del contrato comercial suscrito con las empresas usuarias.

No obstante, informó desconocer si la demandante cumplía el mismo horario y funciones del personal de planta del FNA o si debía acatar las órdenes dadas por el personal administrativo de la usuaria. Ello teniendo en cuenta que *“la demandante fue contratada como trabajadora en misión para el Fondo Nacional del Ahorro, dicha entidad administraba el personal de acuerdo a sus necesidades (...)”*, reiterando que su vinculación laboral tuvo como objetivo dar cumplimiento a los contratos comerciales suscritos entre la EST y el demandado -FNA-.

En ese sentido, aseguró haber cumplido con sus obligaciones de empleador, cancelando la totalidad de los derechos laborales y, por ende, encontrándose a paz y salvo con la hoy demandante.

Mediante escrito de contestación debidamente allegado, la sociedad **ACTIVOS S.A.S.** se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas por el extremo demandante. En su defensa, manifestó haber sido única y verdadera empleadora de la demandante quien ostentaba la calidad de “trabajadora en misión” prestando sus servicios al Fondo Nacional del Ahorro, lo anterior en virtud de la ejecución del contrato de prestación de servicios de suministro de personal en misión Nro. 250 suscrito con usuaria FNA.

Aseguró que, en su calidad de empleadora, cumplió con las obligaciones que le asistían dentro de las que se encuentra el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que tenía derecho la demandante; frente a las prestaciones extralegales pretendidas adujo que la accionante no ostentaba la calidad de trabajadora oficial y, además, que estas no fueron pactadas a la suscripción del contrato de trabajo.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Mediante escrito de contestación de demanda debidamente aportado, la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, señalando que entre ella y la accionante no ha existido relación laboral alguna y su participación dentro del proceso judicial se limita a lo estipulado en los contratos de seguro que fueron relacionados en el llamamiento en garantía hecho por la demandada FNA.

En lo que respecta al llamamiento en garantía señaló como cierto la expedición de las pólizas Nro. 21-44-101207649 y 21-40-101082947 las cuales amparaban el contrato Nro. 250 de 2015 suscrito entre el FNA y la sociedad **ACTIVOS S.A.** indicando que las mismas no son exigibles para el caso concreto, pues de salir adelante las pretensiones el FNA sería declarado empleador, luego las obligaciones que surjan no se relacionan con el contrato asegurado.

Frente a la póliza de seguro de cumplimiento estatal Nro. 21-44-101207649 señaló que la misma garantizaba el cumplimiento del contrato Nro. 250 de 2015 suscrito por el FNA y el tomador de la póliza, **ACTIVOS S.A.**, por lo que, en ese orden de ideas, el beneficiario del contrato de seguro es la sociedad vinculada más

no la demandada principal, que es de quien se espera el reconocimiento y pago de los derechos laborales pretendidos por la demandante.

Aunado a lo anterior, señaló que la póliza de aseguramiento Nro. 21-44-101207649 no estuvo vigente dentro de los extremos temporales del contrato de trabajo pretendido, por lo que no puede ser responsable del siniestro por el cual es convocada al proceso.

Por último, indicó que la póliza de seguro de cumplimiento estatal Nro. 21-40-101082947 es de “riesgos nombrados” sin que el riesgo o evento que surja con ocasión a las resultas del proceso judicial esté amparado, por lo que tampoco en virtud de esta póliza esta llamada a responder en favor del demandado FNA.

La aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A** se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, manifestando no constarle la totalidad de los hechos por no haber participado en las relaciones laborales y/o contractuales que allí se exponen.

En lo atinente al llamamiento en garantía acepto la expedición de las pólizas de seguro de cumplimiento Nro. 2072188-1 para afianzar el contrato Nro. 56 de 2018 y la póliza Nro. 2325666-4 para afianzar el contrato Nro. 12 de 2019. No obstante, indicó que las mismas no tienen cobertura máxime si se advierte que el tomador y beneficiario de las mismas fue S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS más no el FNA, entidad a la cual se dirigen la totalidad de las pretensiones.

Por lo anterior, afirmó que *“Por lo tanto al no versar la demanda sobre reclamos por obligaciones laborales incumplidas por parte de Servicios S&A Servicios y Asesorías S.A., sino por una supuesta vinculación directa con el FNA, el amparo de salarios y prestaciones sociales de las pólizas de cumplimiento de marras no puede afectarse.”*

Siguiendo con ese orden de ideas, informó que las pólizas de responsabilidad civil extracontractual Nro. 0541994-7 y 0618398-1 no tienen cobertura frente a las pretensiones de la demanda en tanto las mismas tienen como objeto indemnizar exclusivamente los perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual

que le sean imputados al asegurado, esto es, a la sociedad SERVICIOS S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.

Por su parte, la llamada en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. SEGUROS CONFIANZA** manifestó oponerse a todas las pretensiones incoadas por la demandante indicando, además, no constarle la totalidad de los hechos por tratarse de una relación laboral de la que no fue parte ni beneficiaria.

En lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía aceptó la expedición de las siguientes pólizas: i) No. 03 GU066585, ii) No. 03GU071538, iii) No. 03 RE003800 y, iv) No. 03 RE005038. Indicando que para el caso concreto ninguna de ellas tiene cobertura

Ahora, estando dentro del término procesal oportuno, la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.** dio contestación a la demanda manifestando no constarle la totalidad de los hechos y oponiéndose a la totalidad de pretensiones, coadyuvando los argumentos expuestos por la demandada -FNA- tendientes a su absolución.

En lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía informó haber emitido las pólizas Nro. 25333998 de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales y la Nro. 543760 de Responsabilidad Civil Extracontractual Derivada de Cumplimiento, siendo tomadora de ambas la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., asegurado – beneficiario el FONDO NACIONAL DEL AHORRO -FNA-. Y cuyo objeto consistía en asegurar las contingencias que resulten de la ejecución del contrato Nro. 147 de 2015.

En ese sentido, puso de presente la cláusula octava del contrato Nro. 147 de 2015 suscrito entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el -FNA-, que reza: *“INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL: Las partes declaran que entre el FONDO y el personal que el CONTRATISTA emplee para para ejecución del presente contrato, no existe vínculo laboral alguno, en consecuencia el FONDO únicamente se obliga a pagar al contratista las sumas expresamente pactadas, siendo obligación de este cancelar a su costa y bajo su responsabilidad los*

honorarios y/o salarios, prestaciones sociales y demás prestaciones de ley al personal que emplee para la ejecución del contrato.” Para enfatizar que la relación laboral de la demandante se dio únicamente con la empresa de servicios temporales y es ella quien debe responder por las acreencias laborales insolutas de su trabajadora.

Por su parte, la llamada en garantía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, una vez manifestó no constarle la totalidad de los hechos contenidos en la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante Lady Tatiana Vargas Vergel. Aseguró que de las pruebas aportadas al proceso se advierte que la relación laboral de la demandante fue exclusivamente con S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. en virtud de un contrato de trabajo a término de obra o labor contratada.

Al responder sobre el llamamiento en garantía, la compañía CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. tuvo como cierto la expedición de las pólizas de aseguramiento Nro. 43310407 de 43310332 las cuales tenían como objetivo garantizar el cumplimiento de obligaciones en favor de entidades públicas y de responsabilidad civil extracontractual, respectivamente. Sin embargo, aclaró que estas pólizas no pueden cubrir las obligaciones laborales del FNA por el solo hecho de ser usuaria de la empresa tomadora y verdadera empleadora de la demandante, S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S.

CRÓNICA PROCESAL RELEVANTE

La demanda fue recibida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá por remisión de competencia hecha por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá y admitida mediante auto del 18 de junio de 2021.

La demandada Fondo Nacional del Ahorro, al contestar la demanda, llamó en garantías a las aseguradoras SEGUROS DEL ESTADO, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, LIBERTY SEGUROS S.A. y CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Mediante providencia del 09 de agosto de 2021 se admitió el mentado llamamiento en garantía y se ordenó la vinculación de las empresas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN, ACTIVOS S.A. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS.

Las vinculadas ACTIVOS S.A. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. dieron contestación a la demanda indicando haber sido verdaderos empleadores de la demandante, quien ejecutó sus labores como trabajadora en misión al servicio de la usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO -FNA-. La demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN guardó silencio.

Por su parte, las llamadas en garantía SEGUROS DEL ESTADO, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, LIBERTY SEGUROS S.A. y CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. pese haber aceptado la expedición de pólizas de aseguramiento en favor de las vinculadas con el fin de asegurar el cumplimiento de contratos civiles-comerciales con el -FNA-, se opusieron a la totalidad de las pretensiones tanto de la demanda como del llamamiento en garantía.

Como respaldo de sus intereses señalaron que las pólizas de aseguramiento eran tomadas por las empresas de servicios temporales a fin de contratar con el Fondo Nacional del Ahorro -FNA- y cubrir contingencias de incumplimiento a entidad estatal y/o aquellas de responsabilidad civil extracontractual, resaltando que, en el caso concreto, las pretensiones se dirigen exclusivamente a la declaratoria de contrato de trabajo con el FNA y es esa quien está llamada a responder frente a los derechos laborales de sus trabajadores.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 05 de mayo de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Lady Tatiana Vargas Vergel, en calidad de trabajadora oficial, y el Fondo Nacional del Ahorro -FNA- en calidad de empleador, desde el 24 de marzo de 2015 y hasta el 11 de noviembre de 2019, fecha en que fue terminado el vínculo contractual sin que

para ello mediara justa causa; consecuencia de lo anterior, condenó al demandado -FNA-, y a S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S como responsable solidario, a reconocer y pagar a la demandante la prima de navidad de los años 2017, 2018 y 2019, indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria a razón de ciento ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$184.666) diarios, a partir del 11 de febrero de 2020 y hasta que se realice el pago total de la obligación. Por último, condenó a las llamadas en garantía CONFIANZA ASEGURADORA DE FIANZAS -CONFIANZA S.A. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. al pago de los dineros ordenados una vez el tomador o asegurado de las pólizas hagan o realicen el correspondiente pago.

Como fundamento de su decisión, en primera medida indicó que el Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra el mínimo de principios con los cuales debe analizarse el derecho laboral, destacando el denominado principio de “primacía de la realidad sobre las formas”. Adicionalmente, señaló que, para el caso concreto, atendiendo al bloque de constitucionalidad, son aplicables el Protocolo de San Salvador de 1988 y el Código Iberoamericano de Seguridad Social de 1995.

Seguidamente, señaló que el Artículo 70 de la Ley 50 de 1990 establece como forma de contratación aquella que se hace con las empresas de servicios temporales con el fin de reemplazar temporalmente a los trabajadores o atender incrementos en la producción, no obstante, que esta contratación únicamente puede hacerse por un término de seis (06) meses prorrogables por un término igual. Razón por la cual resulta necesario examinar si se cumplieron o no las exigencias del mentado artículo o si por el contrario hay lugar a aplicar la presunción contenida en el Artículo 20 Decreto 2127 de 1945.

Indicó la Juez de primera instancia que, de las pruebas aportadas y practicadas, concretamente del interrogatorio de parte, se advierte que la demandante prestó servicios en favor del -FNA- como trabajadora en misión, aceptando que las empresas contratista liquidaron y pagaron sus derechos laborales a la terminación de cada contrato de trabajo. Aunado a ello, informó que de las documentales se logra concluir que la demandante suscribió seis contratos de trabajo con las empresas de servicios temporales, desde el mes de marzo de 2015 y hasta el 11 de noviembre de 2019, sin que existiera interrupción entre la

terminación y suscripción de contratos, siendo el -FNA- beneficiaria de los servicios prestados por la demandante.

Por anterior, la *Juez A quo* tuvo como cierta la prestación del servicio por parte de la demandante, situación que obligaba al demandado Fondo Nacional del Ahorro -FNA- a desvirtuar la presunción contenida en el Artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 sin que así hubiera ocurrido máxime si se tiene en cuenta que las actividades desempeñadas por la demandante en misión no se encuentran dentro de los límites del ya citado Artículo 77. Es decir, que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no logró demostrar que los servicios prestados por los demandantes a través de la empresa de servicios temporales se hayan dado efectivamente debido a un incremento temporal o estacional de producción, pues los contratos comerciales con las empresas de servicios temporales se establecieron con el propósito de cubrir la necesidad de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, por tanto bien podría el Fondo acudir a la contratación directa de personal y adecuar su planta de personal para satisfacer sus necesidades y garantizar la optimización de sus operaciones.

Pese a la declaratoria de contrato de trabajo, se abstuvo de imponer condena alguna por derechos convencionales por no haberse aportado la fuente de derecho con la solemnidad exigida, esto es, copia de la convención colectiva de trabajo con el sello de depósito ante el Ministerio del Trabajo. Igualmente, señaló que los derechos laborales causados con anterioridad al 13 de mayo de 2017 fueron afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Por lo expuesto, condenó al Fondo Nacional del Ahorro -FNA-, y solidariamente a S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S a reconocer y pagar en favor de Lady Tatiana Vargas Vergel la prima de navidad de los años 2017, 2018 y 2019, al pago de indemnización por despido sin justa causa y al pago de sanción moratoria. Igualmente, impartió condena en contra de las llamadas en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA, Fondo Nacional del Ahorro -FNA-**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida. Señaló que la demandante, al momento de su vinculación, tenía plena convicción de su condición de trabajadora en misión al servicio de la usuaria FNA sin desconocer quién era su verdadero empleador.

Manifestó que la Juez de primera instancia no tuvo en cuenta que por lo menos el primer año de servicios transcurrió con observancia y cumplimiento de las normas que regulan a las empresas de servicios temporales y sus trabajadores en misión, por lo que no debió declararse una única relación laboral. Máxime cuando no fue lo solicitado por la demandante. Por último, aseguró haber actuado en el marco de la buena fe.

La vinculada **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida. Señaló haber sido el verdadero empleador de la demandante cumpliendo con todas las obligaciones laborales que la Ley le impone, haciendo la salvedad que la demandante era trabajadora particular y en consecuencia no tiene derecho a las prestaciones laborales consagradas en favor de los trabajadores oficiales.

Frente a la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo alegó que la misma se torna improcedente como quiera que la relación laboral feneció consecuencia de la culminación de la obra (contrato civil-comercial) para cuya ejecución fue contratada la demandante. Por último, reiteró haber sufragado la totalidad de derechos laborales en favor de la demandante y, finalmente, aseguró haber actuado en el marco de la buena fe.

La aseguradora **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida. En primer lugar, señaló que del acervo probatorio no es posible concluir que la demandante haya sido trabajadora directa del -FNA-. Como soporte de su dicho indicó que fue el mismo Despacho de primera instancia quien concluyó que el cargo ocupado por la demandante no hacía parte de la planta de personal de la entidad demandada.

En lo tocante al llamamiento en garantía por el cual fue condenada, manifestó que las pólizas emitidas tenían como finalidad amparar al -FNA- de las obligaciones incumplidas por el tomador de la póliza, por lo que, al ser condenada dicha entidad en calidad de empleadora en virtud de la declaratoria de un contrato realidad, es claro que los derechos laborales que surgen de esa relación laboral no se encuentran amparadas, aunado a que se encuentra demostrado que el contratista cumplió con sus obligaciones laborales.

La aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida. En primer lugar, manifestó que las pólizas Nro. 2072188-1 y 2326566-4 no tienen cobertura teniendo en cuenta que el proceso no giró alrededor de un incumplimiento del tomador S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S, sino que estuvo encaminado a declarar al Fondo Nacional del Ahorro -FNA- como verdadero empleador, lo cual excede el objeto de amparo de la póliza que fue tomada por la empresa de servicios temporales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos que circunscribe la atención de la Sala, linda en i). Determinar si entre la demandante y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo, si prestó sus servicios en calidad de trabajadora oficial, y si, en el desarrollo de esa vinculación para la prestación de sus servicios, las empresas de servicios temporales actuaron como empleador aparente. ii). Analizar si la demandada actuó o no con buena fe y si, en consecuencia, hay lugar o no a las indemnizaciones deprecadas, y, iii) Determinar si las llamadas en garantía

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. están llamadas a responder por las condenas en virtud de los contratos de aseguramiento suscritos por las Empresas de Servicios Temporales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada. En caso de salir avante la apelación formulada por la demandada Fondo Nacional del Ahorro, por sustracción de materia esta Sala de Decisión se relevaría el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las vinculadas y las llamadas en garantía.

Para resolver el punto de apelación formulada por la entidad demandada, en cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 Constitucional, es menester precisar en primera medida que su aplicación no se reduce exclusivamente a los casos en los que se pretende desvirtuar un contrato de naturaleza diferente como equivocadamente parece entenderlo la entidad recurrente, en la medida en que tal institución opera para todos los eventos en los que se hace patente la desnaturalización del vínculo laboral, lo que incluye, la utilización indebida o abusiva de formas de intermediación laboral que están autorizados por la Ley e, inclusive, en aquellos eventos donde el demandante reviste la calidad de trabajador oficial.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-171-2012, recordó (..) *la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que la protección del derecho al trabajo y la relación laboral, la especial protección de la vinculación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de*

deslaboralización, o de tercerización como regla general, o, como a todas las autoridades públicas o empleadores del sector público de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral (...).

El artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, aplicable al caso concreto teniendo en cuenta la naturaleza de la relación laboral, establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos a saber: la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y un salario como retribución al servicio.

Por su parte, el artículo 3° *ibídem* prevé que reunidos esos tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones peculiares del empleador, persona jurídica o natural, ni por las modalidades de la labor, ni del tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza, ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera.

Y el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a la demandada derruir dicha presunción, desvirtuando para ello el elemento de subordinación para desacreditar la relación laboral.

Ahora, si bien con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las empresas de servicios temporales pueden contratar con terceros para colaborar **-en forma temporal-** con el desarrollo de sus actividades y por la otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a los siguientes escenarios generales: *i).* La tradicional del artículo 6° del CST, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; *ii).* Para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y, *iii).* Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, en los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de

servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más (artículo 77 ídem).

Según lo anterior, las empresas usuarias solamente pueden hacer uso de los trabajadores en misión, para los casos taxativamente señalados y por un tiempo máximo de 6 meses prorrogables por otros 6, que vencidos, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente, sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (Decreto 4369 de 2006), por lo que, de contrariarse tales disposiciones, la empresa usuaria pasa a ser la verdadera empleadora y la EST una simple intermediaria.

De otro lado, bajo los postulados del art. 6° del Decreto 2127 de 1945, se encuentra la figura de los contratistas independientes, quienes también actúan como verdaderos empleadores y contratan la ejecución de una o varias obras o la labores en beneficio ajeno, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva. Existiendo solidaridad entre el contratista y quien se beneficia de su labor, cuando las actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Por último, los “puros” intermediarios, quienes según lo previsto en el art. 5° del mismo Decreto, contratan los servicios de otras personas para ejecutar algún trabajo en beneficio del patrono y por cuenta exclusivamente de éste.

Conocidas tan importantes directrices normativas y jurisprudenciales, y teniendo en cuenta los recursos de apelación formulados por el Fondo Nacional del Ahorro -FNA- y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S, es necesario establecer si para el caso concreto la demandante, Sra. Lady Tatiana Vargas Vergel, prestó servicios en favor del -FNA- y, en caso de que así hubiera acaecido, determinar si en virtud del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia el principio de primacía de realidad sobre las formas, hay lugar a presumir la existencia del contrato de trabajo o si por el contrario el demandado logró desvirtuar tal presunción.

En ese sentido, se logró probar al interior del proceso judicial que la demandante **Lady Tatiana Vargas Vergel** prestó sus servicios personales como Profesional II, Coordinador II y Profesional S.I en beneficio del Fondo Nacional del Ahorro -FNA-, en virtud sucesivos contratos de trabajo suscritos con las empresas de servicios temporales ACTIVOS S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S., desde el 24 de marzo de 2015 y hasta el 11 de noviembre de 2019, fecha última en que fue terminado el vínculo laboral con ocasión a la finalización del contrato comercial suscrito entre el demandado -FNA- y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S cuyo objeto era el envío de trabajadores en misión. Nótese, incluso, que el -FNA- en ningún momento contrarió la prestación de los servicios, sino que, únicamente, negó haber sostenido un vínculo laboral con la demandante.

Igualmente, se verifica que el nexo de la demandante con el Fondo Nacional del Ahorro, se derivó de los contratos No. 147 de 2015 suscrito con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA y contratos número 291 de 2015, 154 de 2016, 165 de 2017, 56 de 2018 y 12 de 2019, celebrados con S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S cuyo objeto contractual consistía en el suministro de personal en misión que permitiera cubrir las necesidades de crecimiento y expansión de la entidad contratante. Lo anterior se constata con las documentales aportadas por el Fondo Nacional del Ahorro al momento de dar contestación a la demanda visibles en archivo Nro. 15 del expediente digital de primera instancia, así como las aportadas por S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S que obran en archivo Nro. 26 de mismo expediente.

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se advierte que trabajó al servicio del -FNA- desde el año 2015 y hasta el 2019, indicó que sus funciones, inicialmente, estaban ligadas a la dependencia de Responsabilidad Social de la entidad y, posteriormente, trabajó como Coordinadora de las gestiones comerciales dentro de los que se destaca el programa “Colombianos en el exterior”. Por último, aseguró que las ordenes o directrices recibidas podían ser impartidas por trabajadores directos del -FNA-.

Adicionalmente, se recibió el testimonio de Juan Carlos Castillo Acero, quien declaró haber sido trabajador de las empresas de servicios temporales vinculadas y compañero de la demandante, quien asegura trabajó en el programa denominado “Colombianos en el exterior”. Indicó conocer de las funciones y el cargo de la demandante, toda vez que él era el responsable del pago de nómina de los trabajadores en misión al servicio del -FNA-. Aseguró que las directrices las impartía personal directivo de la usuaria. Manifestó que los trabajadores en misión, dentro de los que hizo parte la demandante, debían cumplir el horario impuesto por el -FNA- y, cuando asistían a ferias de promoción y mercadeo de sus productos financieros, la demandante debía asistir con distintivos de la entidad. Por último, indicó que los materiales de trabajo (equipos de cómputo) fueron suministrados por el Fondo Nacional del Ahorro.

Por su parte, el testigo Luis Gabriel Marín, al rendir testimonio señaló haber trabajado con empresas de servicios temporales prestando sus servicios en favor del Fondo Nacional del Ahorro desde el año 2015 hasta el 2016. Indicó haber iniciado y ejecutado inicialmente el programa de créditos financieros “Colombianos en el exterior”, asegurando que antes de haber tomado el control de ese proyecto era la Vicepresidencia Comercial del -FNA- la encargada de esa clase de productos. Señaló que la demandante acudía a su lugar de trabajo con ropa particular, no obstante, que cuando debían acudir a ferias nacionales o internacionales debían llevar distintivos tales como chalecos, chaquetas, maletines, entre otros, con distintivos alusivos al -FNA-. Manifestó que el señor Camilo Ochoa, quien ocupó el cargo de Vicepresidente de la oficina comercial y mercado del -FNA-, fungió como jefe directo de la demandante. Finalmente, señaló que la demandante debía cumplir el horario impuesto por el -FNA- a saber, de lunes a viernes de 08:00 am a 05:00 pm.

De esta manera, las pruebas recaudadas permiten establecer válidamente, tal como lo coligió la *A quo*, que la demandante no solo prestó servicios personales al Fondo Nacional de Ahorro, sino, además, que desde el nexo surgido a través del contrato de obra o labor contratado a través de terceros, el Fondo Nacional del Ahorro ejerció de manera continuada la subordinación por lo que la vinculación realizada a través de las empresas de servicios temporales no reflejan la realidad de la contratación. Indica que debe tenerse en cuenta que la actora ejecutó

funciones de mercadeo de productos financieros durante todo el tiempo que laboró para la encartada, lo cual se dio de manera continua y con vocación de permanencia, pues como se infiere del interrogatorio de parte y testimonios, se trató de actividades misionales de la sociedad como es el ofrecimiento de productos financieros y representación de la entidad a nivel nacional e internacional.

En efecto, como acertadamente lo concluyó la Juez de instancia, no se probó que el nexo del Fondo Nacional del Ahorro con Optimizar Servicios Temporales, haya surgido con ocasión de alguno de los presupuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. De ahí, que dicha empresa fue utilizada como simple intermediaria, de manera ilegal, siendo el Fondo Nacional del Ahorro el verdadero empleador, por lo que es indiscutible que la prestación de servicios personales de los demandantes en su favor, a través de los contratos suscritos, constituyó una verdadera relación de trabajo en la modalidad de contrato realidad.

Lejos de desvirtuarse la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se acreditaron las condiciones de subordinación en la ejecución de los contratos de trabajo que desde el 2015 suscribió la demandante con las empresas de servicios temporales ACTIVOS S.A., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S y, debido a que se logró constatar el desconocimiento de los presupuestos legales que regulan y rigen las actividades de las empresas de servicios temporales, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, ese acuerdo carece de validez. Por último, atendiendo a la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ahorro, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y el art. 12 de la Ley 314 de 1996, es posible colegir que los demandantes ostentaron la calidad de trabajadores oficiales.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia que desnaturalizó los diversos contratos de trabajo por obra o labor contratada suscrito entre la demandante, Lady Tatiana Vargas, para en su lugar declarar la existencia de un único contrato de trabajo entre la convocante y el Fondo Nacional del Ahorro. En relación con los **extremos temporales**, el valor de los **salarios** y la excepción de **prescripción**, no merecieron reproche de las partes, por lo que se estará a lo resuelto al respecto en primera instancia.

Ahora bien, por sustracción de materia los reparos elevados por S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS en lo concerniente a la indemnización por despido sin justa causa no tienen eco, pues como se demostró la suscripción de diferentes contratos de obra con la demandante fue con el único propósito de disfrazar una verdadera relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro, ligamen que finalizó el 11 de noviembre de 2019, sin el pago de la correspondiente indemnización.

Frente al reproche de la **indemnización moratoria**, en el caso de los trabajadores oficiales, tal rubro se encuentra regulado por el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 y no por el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo como acertadamente lo dejó sentado la *A quo*. La primera norma señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 1 El artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945 Quedará así:

"ARTÍCULO 52. Salvo estipulación expresa. en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las Retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1 Tampoco se considerará terminado el contrato de trabajo mientras no se practique el nuevo examen médico de que trata el artículo 3 del Decreto número 2541 de 1945, y no se le dé el correspondiente certificado de salud al trabajador, a menos que éste, por su culpa, eluda, dificulte o dilate dicho-examen '

Se considerará que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, si transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta al médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.

"PARÁGRAFO 2 Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4 de este Decreto-, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación, y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador,

Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional.

Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el auxilio funerario en caso de muerte dentro del periodo de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

Si transcurrido el término de nóvenla (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley”.

Ahora sobre la procedencia de su pago, debe indicarse que en el expediente está demostrado que el Fondo Nacional del Ahorro empleó mecanismos de intermediación laboral que no le eran permitidos, con lo que pretendió ocultar la relación laboral declarada aun cuando resultaba evidente la naturaleza de ese vínculo dada la subordinación que ejerció sobre la demandante. Precisamente, el - FNA- utilizó formas de vinculación que tienen carácter transitorio y excepcional en el ordenamiento jurídico, para cubrir funciones de manera permanente en la entidad, lo que denota mala fe del Fondo Nacional del Ahorro, sin que hubiera esgrimido en su defensa razones de peso o, por lo menos convincentes, que justificaran una creencia razonable de estar actuando bajo el amparo de la legislación laboral, siendo claro que la sola manifestación de un crecimiento exponencial en el mercado financiero hizo necesario proveer personal por medio de Empresas de Servicios Temporales durante casi cinco años por lo que no resulta ser un justificante para haber desconocido las prescripciones de orden legal.

Por tal motivo, habría lugar a ordenar el pago de la indemnización moratoria a razón de 1 día de salario por cada día de retardo, después del vencimiento del plazo de 90 días con que contaba la entidad demandada para efectuar el pago, según los presupuestos de la norma aplicable, tal como se concluyó por la Juez de instancia. En ese sentido no prospera el cargo tendiente a derruir la mentada indemnización.

Ahora, interpusieron recurso de apelación las llamadas en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, argumentando que las pólizas tomadas por la

empresa de servicios temporales S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S no amparan las contingencias que surgen con ocasión a las resultas del proceso judicial, esto es, la declaratoria de contrato de trabajo entre la demandante y el -FNA-. Por lo que resulta necesario examinar el contenido de las pólizas que sirven de base para la condena de las llamadas en garantía, a saber: i) Póliza Nro. GU071538 expedida por CONFIANZA S.A. y; ii) Pólizas Nro. 2072188-1 y 2326566-4 expedidas por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Así las cosas, examinada la póliza Nro. GU071538 expedida por la aseguradora CONFIANZA S.A, se advierte que la misma tiene como objeto amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato Nro. 165 de 2017 relacionado con el suministro de personal en misión para el cumplimiento de los diferentes procesos, atendiendo las necesidades de crecimiento y expansión del -FNA-. Ahora, revisado el contenido de la póliza (Pág. 196 y Ss. del Archivo Nro. 015 del expediente digital – cuaderno de primera instancia), se advierte que la misma *“cubre los perjuicios directos imputables al contratista, derivado del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista con la suscripción del contrato, y contempla también el cumplimiento tardío, defectuoso o imperfecto de las mismas, así como multas y clausula penal, según se pacten en el contrato.”* Y, añade, *“cubre a LA ENTIDAD en su calidad de contratante, contra los perjuicios imputables al contratista derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, derivadas de contratos laborales a que está obligado en su calidad de empleador (...)”*.

De otro lado, la póliza Nro. 2072188-1 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. tiene como objeto el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 56 de 2018, referente al suministro de personal en misión para el cumplimiento del plan estratégico institucional atendiendo las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro y, revisadas las condiciones generales de la misma (Pág. 231 y Ss. del Archivo Nro. 015 del expediente digital – cuaderno de primera instancia), se advierte que esta *“cubre los perjuicios imputables al contratista causados por la mala calidad, la calidad deficiente o desempeño defectuoso, frente a las especificaciones que se pacten en el contrato, todos ellos siempre que sean exigibles en la etapa post-contractual una vez finalice el plazo de ejecución”* y,

añade, *“Cubre a LA ENTIDAD en su calidad de contratante, contra los perjuicios imputables la contratista derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, derivadas de contratos laborales a que está obligado, en su calidad de empleador (...)”*.

Finalmente, la póliza Nro. 2326566-4 tiene como objeto el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 12 de 2019 referente al suministro de trabajadores en misión para atender las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro y, revisadas las condiciones generales de la misma (Pág. 266 y Ss. del Archivo Nro. 015 del expediente digital – cuaderno de primera instancia) se advierte que esta *“cubre los perjuicios imputables al contratista causados por la mala calidad, la calidad deficiente o desempeño defectuoso, frente a las especificaciones que se pacten en el contrato, todos ellos siempre que sean exigibles en la etapa post-contractual una vez finalice el plazo de ejecución”* y, añade, *“Cubre a LA ENTIDAD en su calidad de contratante, contra los perjuicios imputables la contratista derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, derivadas de contratos laborales a que está obligado, en su calidad de empleador (...)”*.

En ese sentido, le asiste razón a las aseguradoras apelantes como quiera que las pólizas de aseguramiento amparaban al Fondo Nacional del Ahorro de las responsabilidades que le pudieran ser endilgadas con ocasión al posible incumplimiento de la contratista S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS frente a sus trabajadores, mismos que eran enviados en misión a la demandada. No obstante, ante la declaratoria de existencia de contrato de trabajo el Fondo Nacional del Ahorro es verdadero empleador de la demandante, debiendo cumplir directamente con las obligaciones que la Ley le impone y que omitió satisfacer, sin que eso haya sido pactado en las pólizas en mención. Como soporte de lo anterior se invita a la consulta de las sentencias CSJ SL2944 de 2019 M.P. Dr. Donald José Dix Ponnetfz y CSJ SL125 de 2022 M.P. Dr. Jorge Prada Sánchez.

En síntesis, la sentencia de primera instancia será modificada parcialmente para en su lugar absolver a las llamadas en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, conforme las razones que preceden.

Así las cosas, ante la no procedencia de los recursos de apelación formulados por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y de S&A SERVICIOS Y ASESORIAS se condenará en costas a cada uno por la suma de un SMLMV, de conformidad a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

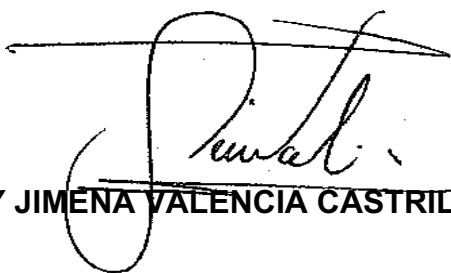
PRIMERO: REVOCAR los ordinales CUARTO y QUINTO de la sentencia para en su lugar absolver a las llamadas en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de FONDO NACIONAL DEL AHORRO y de S&A SERVICIOS Y ASESORIAS y a favor de la parte demandante por valor de un SMLMV para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2021-00417-02
DEMANDANTE:	ELMER ENRIQUE ORTEGA MONTERO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 21 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación Acuerdo 049 de 1990
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por AMBAS PARTES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, en lo que no fue materia de apelación, respecto de la sentencia del 21 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELMER ENRIQUE ORTEGA MONTERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-031-2021-00417-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se condene a Colpensiones a reliquidar y pagar su pensión de vejez, desde el 5 de marzo de 2014, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, esto es, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL hallado con el promedio de los últimos 10 años, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, desde el 5 de marzo de 2014, hasta la fecha en que se verifique el pago, la indexación de las sumas causadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 14 de octubre de 1.952, motivo por el cual cumplió el requisito de edad el mismo día y mes del año 2012. Que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, acredita más de 750 semanas cotizadas. Que al sumar las semanas aportadas tanto al otrora ISS como a Cajanal, cuenta con más de 1.300 semanas. Que mediante Resolución GNR 341096 del 30 de septiembre de 2014, Colpensiones le reconoció una pensión de jubilación conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 33 de 1985, en cuantía inicial de \$5.187.296, a partir del 5 de marzo de 2014, prestación que fue liquidada teniendo en cuenta el 75% del IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años. Que mediante Resolución VPB 4130 del 31 de enero de 2017, Colpensiones reconoció a su favor la pensión de jubilación por aportes, a la luz de la Ley 71 de 1.988, la cual fue liquidada en cuantía de \$5.372.765 para el año 2014, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, a un IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años. Que el 6 de abril de 2021, solicitó ante la demandada la reliquidación de su pensión a la luz del Decreto 758 de 1990, sin embargo a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

¹ Páginas 08 a 16 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que mediante Resolución GNR 341096 del 30 de septiembre de 2014, se procedió a reconocer una pensión de vejez a favor del señor ELMER ENRIQUE ORTEGA MONTERO, teniendo como mesada pensional inicial el valor de \$5.187.296, misma que fue reliquidada mediante Resolución VPB-4130 de fecha 31 de enero de 2017, teniendo de presente la aplicación del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto que el demandante es beneficiario del régimen de transición, por lo que no existen saldos pendientes o no liquidados a favor del demandante, pues los actos administrativos mencionados anteriormente se encuentran ajustados a derecho.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2023, condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez del demandante en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, conforme a una tasa de reemplazo del 90%, tomado como valor de la primera mesada pensional a partir del 5 de marzo de 2014, la suma de \$6.447.317, e igualmente, teniendo en cuenta los siguientes valores: 1) 2018: \$7.854.687; 2) 2019: \$8.104.466; 3) 2020: \$8.412.436; 4) 2021: \$8.547.876; 5) 2022: \$9.028.267 y; 6) 2023: \$10.212.777; condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional por concepto de la diferencia existente entre el valor de las mesadas liquidadas y pagadas por Colpensiones

² Páginas 3 a 13 Archivo 06 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

y las liquidadas por el Despacho, a partir del 6 de abril de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2023, en la suma de \$102.016.700; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar las diferencias de las mesadas pensionales existentes debidamente indexadas; condenó a Colpensiones al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, manifestó la Juez *a quo* que, desde la sentencia SL1947-2020, la Corte Suprema de Justicia, varió su jurisprudencia estableciendo que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez a la luz del régimen de transición, son útiles todas las semanas de cotización efectuadas por el empleador, dando paso a la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, lo cual fue reiterado en decisiones posteriores. Agregó que, conforme a la fecha de nacimiento del actor al 1º de abril de 1994 contaba con una edad superior a los 40 años, siendo beneficiario del régimen de transición, lo cual se extendió a su favor, al superar las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que le resulta aplicable el Acuerdo 049 de 1990, cuyos requisitos mínimos exigidos acredita, resaltando que al contar el demandante con 1.632 semanas de cotización, es claro que supera con creces las 1.250 que exige la norma en mención para dar aplicación a una tasa del reemplazo del 90%, sobre el IBL hallado por la encartada con el promedio de los últimos 10 años, en la resolución expedida en el año 2017, pues conforme a la liquidación efectuada por el Despacho se obtiene un valor inferior.

En ese orden, señaló que se tiene como primera mesada el valor de \$6.447.317, la cual resulta superior a la que viene reconociendo Colpensiones, de suerte que es procedente la reliquidación reclamada. Concluyó advirtiendo que los intereses moratorios no proceden en el presente caso porque la reliquidación de la pensión se otorga con base en un cambio jurisprudencial, conforme así lo definió la CSJ en la sentencia SL654-2021, por lo que habrá de concederse la indexación de las sumas adeudadas a favor del extremo activo.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, aduciendo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada por el Juzgado de Conocimiento, pues se desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema previsto en el artículo 48 de la CP, adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005. Agregó que al actor se le había reconocido su pensión de vejez mediante Resolución GNR 341097 del 30 de septiembre de 2014, en cuantía inicial de \$5.187.296, efectiva desde el 5 de marzo de 2014, prestación que ya fue sometida a reliquidación mediante Resolución VPB 4130 del 31 de enero de 2017. Asimismo, dijo que al actor inicialmente se le aplicó el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y un IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme a lo estatuido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual considera que las resoluciones anotadas se encuentran conforme a la ley y ajustadas a derecho.

La parte DEMANDANTE formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis que los intereses moratorios reclamados deben ser reconocidos desde la fecha en que se ordenó la reliquidación pensional, esto es, el 6 de abril de 2018, pues el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no estableció ningún eximente para el reconocimiento de los mismos, cuando se le causa un perjuicio económico al pensionado, en la medida que no se le ha reconocido su prestación pensional, a más que, conforme a la jurisprudencia de la CSJ, los intereses moratorios son procedentes en tratándose de reliquidaciones pensionales. Agregó que la negativa del Despacho de reconocer los intereses moratorios se sustentó en decisiones proferidas por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ, que conforme a la Ley “10181 de 2016”, no tiene la facultad de crear jurisprudencia, ni definir una línea jurisprudencial, pues en este caso el proceso debe ser devuelto a la Sala permanente para que tome la decisión sobre el tema.

En ese orden, señaló que al actor se le ha generado un detrimento económico por no haberse efectuado el reconocimiento pensional en los términos definidos por la CSJ, a más que la reclamación tendiente a obtener

la reliquidación pensional fue elevada en el año 2021 y la sentencia que autorizó la sumatoria de tiempos públicos y privados cotizados en el ISS fue emitida en el año 2020, de suerte que Colpensiones ya conocía la nueva línea de la Alta Corporación, por lo que no tenía razón para negar el reajuste reclamado. Así, concluyó que debe accederse al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de conocimiento, los recursos de alzada impetrados y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, primero, el dilucidar la viabilidad de reliquidar la pensión de vejez del actor bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto, las cotizaciones efectuadas a cajas de previsión social o los tiempos servidos a favor del sector público y al otrora ISS hoy Colpensiones; segundo, establecer si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados, sobre las sumas adeudadas al convocante.

CONSIDERACIONES

ESTATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, se colige, tal como con acierto lo determinó la Juez a quo, que al señor ELMER ENRIQUE ORTEGA MONTERO le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución GNR 341096 del 30 de septiembre de 2014, conforme a la Ley 33 de 1985, a partir del 5 de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$5.187.296, como así emana del acto

administrativo en mención (páginas 24 a 30 Archivo 01 del ED); posteriormente, dicha prestación fue reliquidada a través de la Resolución VPB 4130 del 31 de enero de 2017, conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía inicial de \$5.372.765 desde el 5 de marzo de 2014, para lo cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, de acuerdo al acto administrativo en referencia (páginas 63 a 70 Archivo 01 del ED); así mismo, se constata que el accionante cuenta con un total de 1.632 semanas, de las cuales se advierten cotizaciones al ISS y tiempos laborados a favor de empleadores públicos, así como cotizaciones realizadas a Cajanal, según emana de la última resolución en mención.

Conforme a lo anterior, es claro que, contrario a lo referido por Colpensiones, en su recurso de alzada, al demandante nunca se le ha reconocido la pensión dando aplicación al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, expresamente reconocida por la demandada en las Resoluciones GNR 341096 del 30 de septiembre de 2014 y VPB 4130 del 31 de enero de 2017, resta por establecer si le asiste derecho a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores, los tiempos laborados a favor del sector público y cotizados a otras cajas de previsión social, dado que la parte pasiva considera que para el caso del convocante, su prestación se encuentra debidamente liquidada, conforme a los parámetros realizados por Colpensiones.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, y en lo que atañe a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, considerando para el efecto tiempos cotizados al otrora ISS y los servicios públicos cotizados a cajas de previsión social, o laborados a favor de un

empleador de naturaleza pública, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SL1947 de 2020 que:

«(...) No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.» (Resalta la Sala)

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020 y SL2523 de 2020, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad,

aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir a lo menos 3 pronunciamientos en tal sentido, que no se limita al reconocimiento del derecho pensional, pues la Alta Corporación en sentencia SL3801-2021, reiteró su posición sobre el tema, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual se pretendía la reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin que para el efecto resulte relevante la fecha en que fueren proferidas las decisiones en referencia, puesto que en el último caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, se dio aplicación al criterio esbozado, pese a que al demandante se le había reconocido la pensión de vejez desde el 1º de septiembre de 2007.

Bajo lo anteriores derroteros, se tiene que el demandante tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en tanto acredita los requisitos establecidos en el artículo 12 *ejusdem*, al cumplir 60 años de edad el 14 de octubre de 2012, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía obrante a página 18 del archivo 01 del expediente digital, además, acredita un total de 1.632 semanas, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS y los servicios prestados y cotizados a favor del sector público, conforme a la Resolución VPB 4130 del 31 de enero de 2017 (páginas 63 a 70 Archivo 01 del ED), es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo a aplicar se debe tener en cuenta que para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones de vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, considerando la densidad de 1.632 semanas que la propia demandada reconoció en su Resolución VPB 4130 del 31 de enero de 2017, se concluye que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, como acertadamente lo consideró la falladora de primera instancia, misma que evidentemente le es más favorable al actor, quien actualmente goza de una pensión de jubilación por aportes liquidada con una tasa de reemplazo del 75%.

De manera, al aplicar la tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL definido en el acto administrativo en referencia que no se encuentra en discusión en esta instancia, esto es, el valor de \$7.163.686, correspondiente al promedio de lo cotizado por el convocante en los últimos 10 años de servicios, se obtiene una mesada pensional de \$6.447.317, desde el 5 de marzo de 2014, fecha en que se reconoció inicialmente la prestación, siendo claro que procede la reliquidación reclamada, al resultar el valor enunciado superior al reconocido por Colpensiones, que lo fue en \$5.372.765, motivo por el cual procede confirmar la decisión sobre este puntual aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante a la reliquidación pensional, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que la pensión del actor se reconoció desde el 5 de marzo de 2014, misma que fue reliquidada mediante Resolución VPB 4130 del 31 de enero de 2017 (páginas 63 a 70

archivo 01del ED); además, la parte actora elevó solicitud de reliquidación con base en el Acuerdo 049 de 1990, dando aplicación a una tasa de reemplazo del 90%, mediante petición del 6 de abril de 2021 (página 20 Archivo 01 del ED) y la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 27 de agosto de 2021 (Archivo 02 del expediente digital), por manera que se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción las diferencias causadas con anterioridad al 6 de abril de 2018, conforme lo indicó el Juzgado de Conocimiento.

DIFERENCIAS PENSIONALES

En aras de revisar el valor de las diferencias pensionales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, se tiene que una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, la encartada adeuda por tal concepto a favor del actor la suma de \$102.278.574,45 desde el 6 de abril de 2018 hasta la fecha en que se profirió el fallo de primer grado, que lo fue el 30 de septiembre de 2023, como se observa en la siguiente tabla:

AÑO	IPC	MESADA RECONOCIDA	MESADA RELIQUIDADADA	DIFERENCIAS	NO. MESADAS	SUBTOTAL
2014	1,94%	\$ 5.372.765,00	\$ 6.447.317	\$ 1.074.552,00	-	-
2015	3,66%	\$ 5.569.408,00	\$ 6.683.289	\$ 1.113.880,80	-	-
2016	6,77%	\$ 5.946.457,00	\$ 7.135.747	\$ 1.189.290,45	-	-
2017	5,75%	\$ 6.288.378,00	\$ 7.546.053	\$ 1.257.674,93	-	-
2018	4,09%	\$ 6.545.572,66	\$ 7.854.687	\$ 1.309.114,34	10	\$ 13.091.143,40
2019	3,18%	\$ 6.753.721,87	\$ 8.104.466	\$ 1.350.744,18	13	\$ 17.559.674,29
2020	3,80%	\$ 7.010.363,30	\$ 8.412.436	\$ 1.402.072,45	13	\$ 18.226.941,91
2021	1,61%	\$ 7.123.230,15	\$ 8.547.876	\$ 1.424.645,82	13	\$ 18.520.395,67
2022	5,62%	\$ 7.523.555,69	\$ 9.028.267	\$ 1.504.710,92	13	\$ 19.561.241,91
2023	13,12%	\$ 8.510.646,19	\$ 10.212.777	\$ 1.702.130,81	9	\$ 15.319.177,28
						\$102.278.574,45

No obstante, se tiene que por el mismo concepto la A quo determinó un valor inferior de \$102.016.700, frente al cual la parte actora no formuló ningún reparo, debiendo la Sala dejar incólume dicha decisión, como quiera que este punto se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

INTERESES MORATORIOS

Sobre este punto es suficiente decir que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se tornan improcedentes, toda vez que la reliquidación aquí reclamada ha tenido lugar con ocasión al cambio jurisprudencial que respecto de la materia analizada adoptó la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia SL1947 de 2020, que claramente no podía ser aplicada por Colpensiones, dado que tal entidad revisó por última vez la liquidación de la prestación en el año 2017, es decir, cuando claramente aun no tenía aplicación la nueva tesis jurisprudencial de la Alta Corporación.

La negativa en cuanto a la improcedencia de los intereses moratorios por causa de un cambio jurisprudencial, tiene respaldo en sentencias proferidas, no solo por la Sala de Descongestión Laboral, sino también por la Sala de Casación Laboral permanente de la CSJ, entre las cuales se pueden destacar la sentencia SL387-2023, de manera que no es procedente acceder a los mismos, como lo pretende la parte actora.

Por tanto, las sumas adeudadas deberán indexarse desde que cada diferencia se hizo exigible, hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme al fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo definió el *A quo*.

Conforme a lo explicado, habrá de confirmarse la sentencia aquí estudiada. Sin costas en esta instancia, dada la improsperidad de los recursos de apelación formulados por ambas partes.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

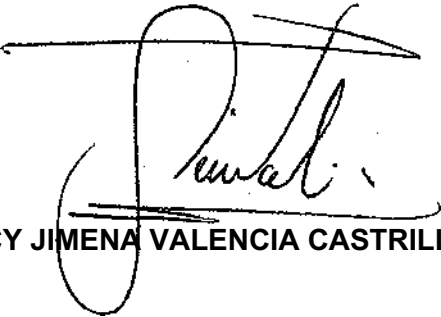
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 21 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-034-2021-00355-01
DEMANDANTE:	MARÍA CECILIA CSATAÑO AVENDAÑO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 5 de octubre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 5 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA CECILIA CSATAÑO AVENDAÑO** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-034-2021-00355-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, realizada a través de la AFP Colfondos S.A.; como consecuencia de ello, se ordene la devolución a Colpensiones de la totalidad de las cotizaciones que por pensión Colfondos recibió de su parte, junto con bonos pensionales, sumas adicionales con los frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; se reconozcan las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través del RPM administrado por el otrora ISS desde el mes de abril de 1991 hasta el mes de julio de 1995. Que el 1º de julio de 1995 se afilió a la AFP Colfondos S.A. para lo cual se le indicó que tendría las mismas expectativas pensionales que le ofrecía el RPM, sin embargo, afirma que no hubo claridad en la información que le fue suministrada. Que solicitó ante las demandadas su traslado a Colpensiones, sin embargo, dichas entidades emitieron respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre este y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por

¹ Páginas 1 a 11 Archivo 12 Expediente Digital

² Páginas 3 a 17 Archivo 16 Expediente Digital

Colfondos S.A. prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la excepción genérica.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentra conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de octubre de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante el 8 de junio de 1995 del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A.; condenó a la AFP Colfondos S.A. a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

³ Páginas 2 a 37 Archivo 17 Expediente Digital

todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración y primas de seguros; declaró como no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Colfondos S.A., con motivo de la afiliación de la actora y condenó en costas a la AFP Colfondos.

Como fundamentos de su decisión, la Juez A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agregó que la demandante tampoco cumple con lo señalado en la sentencia SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013.

La demandada **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto que, la demandante en ejercicio de su derecho a la elección de régimen, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se trasladó de manera libre, sin ningún vicio que afectara la validez de su decisión. Añadió que el personal del fondo suministró a la demandante toda la información requerida, además, la activa tuvo la oportunidad de estudiar, conocer las normas de seguridad social en pensiones teniendo en cuenta su nivel de escolaridad informado en el debate probatorio, amén que tuvo la posibilidad de buscar asesoría si la consideraba necesaria. Añadió que la elección de la convocante quedó plasmada de manera libre y voluntaria en el formulario de afiliación, siendo rarificada con la firma del mismo, reafirmando su capacidad educativa, pues al

día siguiente intentó retractarse de su afiliación a Colfondos, desistiendo por voluntad propia.

Adujo que no es procedente la condena a título de devolución de gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que el Decreto 3995 de 2008, regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado, los cuales únicamente corresponden a los saldos en unidades o los aportes efectuados al trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, sin que se mencionen los gastos de administración y los seguros previsionales, resaltando que estos últimos se contratan en beneficio del afiliado, siendo la AFP simplemente una intermediaria de este proceso, pues es la administradora quien recauda las primas de seguros en nombre y por cuenta de la aseguradora, sin que tales rubros entren al patrimonio de la AFP, a más que el contrato de seguro presenta una ejecución sucesiva donde se asumieron los riesgos de invalidez y muerte del afiliado.

Precisó que conforme a la jurisprudencia de la CSJ no se pueden revertir actos y contratos celebrados con las aseguradoras que ya fueron consumados, aunado a que obligar la devolución de la prima de seguro previsional constituiría un atentado contra el deber de administración de la seguridad social, pues el seguro tiene una finalidad precisa que es financiar los riesgos de invalidez y muerte, por manera que ordenar su devolución implicaría negar o retrotraer las coberturas esenciales del sistema general de pensiones, y generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones a expensas de un empobrecimiento correlativo de Colfondos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA CECILIA CASTAÑO AVENDAÑO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que

conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP **COLFONDOS S.A.** (página 03 Archivo 06 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma

de los Fondos Privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues fue claro en referir que cuando entró a laborar por concurso a Telecom, se afilió a Colfondos, porque cuando llegó a Talento Humano los asesores de dicha AFP y de Porvenir S.A. le refirieron que el ISS “*se iba a acabar*”, entonces debía afiliarse a un fondo de pensiones. Que al otro día de la afiliación se acercó para continuar su afiliación al otrora ISS, sin embargo, en la oficina de Talento Humano le dijeron que ello no era posible porque ya habían radicado el formulario de afiliación a Colfondos. Preciso que su profesión es Contaduría Pública (Min. 21:58 – 47:46 archivo de audio y video 24 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia de la actora en dicho régimen, sin que sean atendibles las razones dadas por Colfondos, porque a la demandante no se le permitió ejercer su derecho al retracto y su formación de contadora no exonera a la AFP de cumplir con el deber de información.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que esta se

diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; sin embargo, se observa que el Juzgado de Conocimiento omitió ordenar expresamente la devolución de los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la Administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de adicionarse la decisión sobre este aspecto en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de

aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** la sentencia del 5 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. que también remita a COLPENSIONES los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la Administradora del RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación,

inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-038-2022-00045-01
DEMANDANTE:	ALBERTO OVIEDO MORENO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTRO.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 13 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Cálculo actuarial
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte DEMANDANTE y la DEMANDADA PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. contra la sentencia del 13 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **ALBERTO OVIEDO MORENO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** , con radicado No. **11001-31-05-038-2022-00045-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que entre él y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., existió un contrato de trabajo, e igualmente que, la empleadora no realizó los aportes a pensión del 27 de octubre de 1.980 al 2 de diciembre de 1.992. Asimismo, solicitó condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con los incrementos legales y mesadas adicionales, desde el 5 de agosto de 2.021, junto con la indexación, al igual que realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones a pensión omitidas del 27 de octubre de 1980 al 2 de diciembre de 1992. Finalmente, solicitó que se condene a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas por los períodos anotados, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de agosto de 1.959. Que celebró contrato de trabajo a término indefinido con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. desde el 27 de octubre de 1.980, en virtud del cual desempeñó el cargo de obrero. Que la empleadora solo lo afilió a pensión desde el 3 de diciembre de 1.992, resaltando que entre el 27 de octubre de 1980 y el 2 de diciembre de 1992, no se efectuaron aportes a pensión a su favor. Que el mentando contrato fue terminado el 15 de febrero de 1.993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y, como argumento de defensa sostuvo que las reclamaciones del actor son de carácter laboral, que se oponen a la naturaleza jurídica de la entidad como administradora del RPM, por lo que en el presente caso se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva. Añadió que es el empleador quien debe asumir la responsabilidad por la no afiliación y pago de las cotizaciones en seguridad social,

¹ Páginas 6 a 8 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 4 a 14 Archivo 05 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

previo cálculo actuarial emitido por Colpensiones. Dijo que el actor no tiene derecho a la pensión de vejez, toda vez que solo acredita 782 semanas cotizadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.³

La empresa demandada se opuso a las pretensiones con excepción de la declaratoria del contrato de trabajo, exponiendo, como argumentos de defensa, que al inicio del vínculo celebrado con el demandante, el 27 de octubre de 1980, no había cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales en Puerto Wilches (Santander), y por ello, no realizó los aportes a la entidad de previsión social, pues no existía la obligación para los años reclamados en la demanda.

Añadió que tal y como se acredita con la comunicación de fecha 21 de enero de 2003 expedida por el Instituto de Seguros Sociales, éste sólo entró en funcionamiento a partir del 1º de diciembre de 1992 en el municipio de Puerto Wilches, lugar donde el demandante fue contratado y prestó sus servicios.

Concluyó advirtiendo que no es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, toda vez que para los años reclamados por el demandante no existía la obligación de realizar los aportes al Instituto de Seguros Sociales, originándose la misma a partir del mes de diciembre de 1992, siendo afiliado inmediatamente el actor, como consta en los documentos que se aportan al proceso.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa objetiva de la acción, ausencia del derecho sustantivo, concurrencia del empleador y el

³ Páginas 2 a 14 Archivo 06 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

trabajador en el pago de los aportes a la seguridad social para pensiones entre el 27 de octubre de 1.980 y el 2 de diciembre de 1.992 con base en el salario mínimo legal mensual, buena fe de la empresa y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de julio de 2023, declaró que entre el señor Alberto Oviedo Moreno y la sociedad Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., existió un contrato de trabajo del 27 de octubre de 1.980 al 16 de febrero de 1.993; declaró que Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. en calidad de empleador del actor no realizó los aportes al Sistema de Pensiones en el lapso comprendido entre el 27 de octubre de 1.980 y el 2 de febrero de 1.992; declaró que Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. en calidad de empleador debe asumir el pago del cálculo actuarial que corresponde elaborar a Colpensiones, tomando en cuenta para el efecto, la vinculación laboral del accionante para el lapso comprendido entre el 27 de octubre de 1.980 y el 2 de febrero de 1.992; ordenó a Colpensiones que realice el cálculo actuarial en favor del accionante y a cargo de la demandada, tomando en cuenta para el efecto, como período laborado, el comprendido entre el 27 de octubre de 1.980 y el 2 de febrero de 1.992, junto con los siguientes valores, sin considerar intereses:

AÑO	IBL
1980	\$ 4.500
1981	\$ 9.700
1982	\$ 12.285
1983	\$ 15.800
1984	\$ 18.000
1985	\$ 25.215
1986	\$ 37.762
1987	\$ 37.800
1988	\$ 46.500
1989	\$ 71.900
1990	\$ 91.050
1991	\$ 104.460
1992	\$ 104.460

Asimismo, condenó a la demandada a pagar a Colpensiones el importe del cálculo actuarial que realice dentro de los plazos que la administradora determine y a entera satisfacción de la misma; ordenó a Colpensiones, que una vez reciba el pago del cálculo actuarial efectuado en debida forma por Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., proceda a hacer el estudio de la situación pensional del accionante, previa actualización de su historia laboral, lo anterior, para determinar la viabilidad o no del reconocimiento de una pensión de vejez. De encontrarse procedente este último, corresponderá a COLPENSIONES liquidar y pagar al demandante las mesadas pensionales no prescritas debidamente indexadas, conforme a la fórmula indicada en la sentencia; declaró no probadas las excepciones propuestas y no impuso costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, en relación con el vínculo laboral entre el demandante y Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. del 27 de octubre de 1.980 y el 16 de febrero de 1.993, que el mismo no ameritaba discusión alguna por haber sido admitido desde la contestación de la demanda y ratificado con las documentales adosadas. Seguidamente, frente al cálculo actuarial pretendido, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia en torno a la materia, en el sentido de establecer que a pesar de no existir cobertura del ISS en el lugar de prestación del servicio, el empleador mantiene su responsabilidad de asumir el riesgo de vejez, de cara al sistema de pensiones ante la falta de afiliación al sistema, por lo que debe pagar los períodos no cotizados al ISS hoy Colpensiones por esos lapsos en los que el trabajador no estuvo cubierto por la entidad administradora de pensiones, a través del pago del importe del cálculo actuarial que efectúe Colpensiones.

Sostuvo que todo el valor del cálculo debe ser reconocido por el empleador, por cuanto para la época, la asunción del riesgo estaba en su totalidad radicada en cabeza de este y no se exigía la participación del trabajador. En igual sentido, dijo que efectuado el cálculo actuarial y enterada la empresa demandada del mismo, deberá esta proceder al pago correspondiente con destino a Colpensiones, entidad que, una vez reciba el valor a que hubiere lugar, tendrá que realizar el estudio de la situación pensional del actor, previa actualización de su historia laboral, con el fin de determinar si es procedente o no el pago de la pensión de vejez, y en caso que

se constate el derecho, deberá reconocer el accionante las mesadas retroactivas indexadas, con aplicación de la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte DEMANDANTE presentó recurso de apelación y, como sustento de este, argumentó que debe imponerse condena en costas a cargo de la parte demandada, teniendo en cuenta que conforme al artículo 366 del CGP, se estableció por parte del legislador un criterio objetivo para su procedencia, según el cual la parte vencida en juicio, es la que debe correr con esta condena, sin tomar en consideración otros argumentos diferentes a las resultas del proceso.

La apoderada de la DEMANDADA PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. formuló recurso de apelación, argumentando que la omisión que le fue endilgada se predica de quien estando llamado a cumplir la obligación no la asume en el plazo estipulado, lo cual no sucede en el presente caso, pues como empresa no debía afiliar y cotizar al ISS por los períodos señalados en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y los recursos de apelación propuestos, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, atendiendo las

inconformidades planteadas en la alzada y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, el determinar; primero, si PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. debe ser condenada al pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 27 de octubre de 1.980 y el 2 de febrero de 1.992; segundo, si Colpensiones está obligada a elaborar y recibir el cálculo actuarial o título pensional, al igual que estudiar la viabilidad del derecho pensional de vejez a favor del actor, una vez reciba dicho cálculo; tercero, si es procedente imponer condena en costas de primera instancia a la parte demandada.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Alberto Oviedo Moreno y Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. sostuvieron un vínculo laboral que tuvo vigencia del 27 de octubre de 1.980 al 16 de febrero de 1993, según lo definido por la primera instancia e incontrovertido por las partes; **2.** Que el convocante fue afiliado al ISS hoy Colpensiones por parte de Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. desde el 03 de diciembre de 1992, tal como aparece en la historia laboral obrante a páginas 207 a 214 del Archivo 05 del ED, en la que acredita 782 semanas al 31 de marzo de 2022.

En aras de desatar el primer problema jurídico planteado, sea lo primero recordar que la cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se inició a partir del 1º de enero de 1967, de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966; sin embargo, la cobertura en el territorio nacional fue de manera progresiva.

Al respecto, en los casos como el aquí analizado, en los que se pretende el reconocimiento de los tiempos de servicios prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria, ha establecido la H. CSJ, al igual que en los casos de omisión de la afiliación, que: *“le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo*

9º de la Ley 797 en comento”. (Sentencia radicación No 32922 de 2009, sentencia SL17300 de 2014, sentencia SL3892 de 2016, radicación No 45209).

Adicionalmente, en la sentencia SL-17300 de 2014, la Corte Suprema de Justicia, dejó sentado que sí era obligatorio para el empleador responder por los aportes a seguridad social, incluso respecto de aquellos tiempos en los cuales no existía cobertura por parte del ISS, a saber:

“Sin embargo. a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exegesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

(...)

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.”

En igual sentido, en la sentencia SL197 de 2019, la Alta Corporación hizo todo un recuento jurisprudencial en lo relacionado con la obligación de los empleadores de asumir el cálculo actuarial aún en los eventos en que no se efectuaron aportes por falta de cobertura del ISS, modulando lo siguiente: *“La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social”*. (Subraya fuera del texto).

Conforme a lo anterior, cumple resaltar que ciertamente la postura del A quo, en lo relativo a que el empleador PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS debe responder por el cálculo actuarial por el período perseguido, resulta ajustada al precedente jurisprudencial anotado, pues cuando el tiempo reclamado por falta de afiliación o cobertura del otrora ISS no se pueda consolidar el derecho pensional, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES, por lo que no resultan atendibles los argumentos expuestos por la empleadora convocada, tendientes a obtener la exoneración de tal responsabilidad, esto es, bajo la consideración de que no existía cobertura del ISS en el lugar de prestación del servicio del actor entre el 27 de octubre de 1980 y el 2 de diciembre de 1992.

Ahora bien, en aras de dar repuesta al segundo problema jurídico planteado, debe decirse que COLPENSIONES, igualmente, debe proceder a efectuar ese cálculo actuarial y recibir el valor que dicha entidad determine, al igual que tener en

cuenta el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder a definir si el afiliado tiene derecho al reconocimiento pensional, pues así lo tiene establecido el Parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al disponer que:

“PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a **satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional**”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De manera que, una vez se encuentre satisfecho el pago del cálculo actuarial por parte de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a favor del actor, liquidado con base en los salarios definidos por el A quo al no existir debate sobre este aspecto, debe Colpensiones, como entidad a la cual se encuentra afiliado el actor, proceder a considerar los tiempos de servicios que representan dicho cálculo e incluirlos en el cómputo de semanas cotizadas por el actor, para efectos de determinar si este tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión de vejez, dado que con el cumplimiento de la mentada obligación por parte del empleador, se habilitan por disposición legal, las semanas no cotizadas a favor del accionante.

Finalmente, el demandante manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de condena en costas procesales de primera instancia en contra de las demandadas. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que

las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, pues solo en el evento de que la demanda prospere parcialmente, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala desacertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de las demandadas durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fueron vencidas en juicio, lo que implica que asuman la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada parcialmente para acceder a las costas de primer grado a cargo de las demandadas, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento. Costas en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., ante la improsperidad de su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el **NUMERAL SÉPTIMO** de la Sentencia del 13 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

Bogotá, para en su lugar condenar en costas de primera instancia a cargo de las demandadas, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-046-2023-00044-02
DEMANDANTE:	ADIELHT LUCERO PINILLA ORTIZ.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 9 de octubre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 46° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
-DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 9 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado 46° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ADIELHT LUCERO PINILLA ORTIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-046-2023-00044-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**
*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

Página 1 de 15

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las ventajas y desventajas de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos y gastos de administración, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el mes de julio del año 2000. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a PORVENIR S.A. a partir de finales del año 1999. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión en el RAIS. Que el asesor de PORVENIR S.A. al momento de traslado no le elaboró una proyección real de la pensión en cada uno de los regímenes. Que la AFP tampoco cumplió con lo señalado en la circular externa No. 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera de Colombia respecto de la obligación de informar de la posibilidad de cambiarse de régimen. Por último, que solicitó a COLPENSIONES el día 25 de mayo de 2021 la nulidad de traslado del RPM al RAIS y se declare su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**²

¹ Folios 0-6 archivo 02 del ED.

² . Folios 01-41 archivo 07 del ED.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese incurrido en error (falta de información) por parte del FP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, petición especial, medios de prueba.

PORVENIR S.A.³

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional previsto en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado,

³ . Folios 01-20 archivo 11 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de octubre del 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por ADIELHT LUCERO PINILLA ORTIZ con destino a la AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA, el 28 de julio del 2000; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP. 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 justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de ADIELHT LUCERO PINILLA ORTIZ como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral. (...).

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración del consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión,

la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. a través de apoderada judicial atacó parcialmente el fallo de primera instancia. Adujo que debe revocarse la orden de indexación de devolución de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, toda vez, que con el traslado de los rendimientos se compensa la devaluación de los dineros de la afiliada. Agregó, que no esta de acuerdo con la orden impartida de condena en costas, pues no ha ejercido oposición alguna a la orden de traslado.

COLPENSIONES por su parte, indicó que actuó conforme a derecho y se trata de un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del RPM al RAIS. También, que la actora se encuentra dentro de la prohibición de los 10 años para trasladarse entre regímenes, pues a la fecha supera los 47 años de edad.

Agregó, que para el momento en que se suscribió el formulario de afiliación no se acreditó vicios del consentimiento y desinformación por parte de la afiliada, y no comparte la condena en costas bajo el argumento que no tuvo injerencia en el traslado del RPM al RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ADIELHT LUCERO PINILLA ORTIZ al régimen de ahorro individual administrado por la administradora PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. De igual forma si hay lugar absolver a PORVENIR y COLPENSIONES S.A. de las costas impuestas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el

legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información,**

de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de

Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación al RAIS mediante la A.F.P. PORVENIR S.A. el 28 de julio de 2000 (pág. 86 archivo 12 del expediente digital), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, sin que se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no

existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S.A en el año de 2000, fue abordada por un asesor quien le manifestó en su lugar de trabajo que la mejor opción era trasladarse al RAIS porque el Instituto Seguro Social iba a desaparecer y con ello sus aportes. Adujo, que nunca recibió información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Adujo, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes voluntarios para incrementar su mesada pensional. señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado

al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…).”

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión de la *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, véase al respecto la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y la sentencia SL 4992-2021.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de indexación. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de*

pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a las entidades recurrentes, pues al revisar el actuar de dichas entidades durante el curso del litigio, se advierte que las mismas presentaron oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, propusieron excepciones de

mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteraron al unisonó en el recurso de apelación y demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA en su integralidad incluyendo la devolución indexada de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** por no haber prosperado el recurso de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

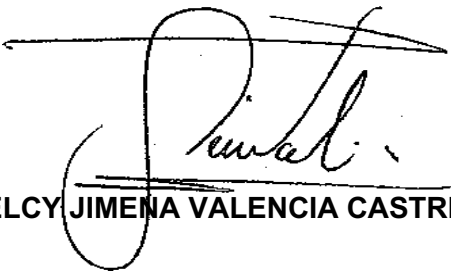
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 9 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado 46° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDON LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ**
CONTRA **CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II P.H.**

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Procede el Tribunal a resolver la solicitud de corrección presentada por el apoderado de la parte demandada respecto de la sentencia dictada por esta Corporación el catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

A N T E C E D E N T E S

Mediante sentencia dictada el 14 de diciembre de 2023, notificada a través de edicto del 12 de enero de 2024, esta Sala de Decisión resolvió:

“PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ contra CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS por conocerse del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.”

De acuerdo con la anterior decisión, la parte demandante solicita su corrección, argumentando que en la sentencia se indica en número que el Juzgado de primera instancia correspondió al 36 Laboral, siendo el correcto el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, como se indicó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en letras, error que también se cometió en el encabezado que identifica el proceso y en la parte motiva de la decisión en referencia .

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El artículo 286 del C.G.P., dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Conforme el precepto transcrito, se tiene que las sentencias pueden ser corregidas en cualquier tiempo, cuando se incurra en errores puramente aritméticos-matemáticos o, en los eventos de error por omisión, cambio de palabras o alteración de estas, siempre y cuando se encuentren en la parte resolutive o influyan en ella.

En el caso bajo estudio, revisadas las piezas procesales correspondientes, se observa que le asiste razón a la parte demandada, pues si bien en la sentencia se indicó en palabras que el Juzgado de primer grado correspondía al Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, tanto en la parte que identifica el proceso, como en la parte de los antecedentes y la resolutive de la sentencia del 14 de diciembre de 2023, lo cierto es que por un *lapsus cálami*, se estableció en números incluidos entre paréntesis, que tal autoridad correspondía al Juzgado (36) Laboral del Circuito de Bogotá.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, resulta procedente corregir la sentencia proferida por esta Sala, el 14 de diciembre de 2023, tanto en la parte que indetifica el proceso, como en el acápite de antecedentes y en su parte resolutive, respecto del Juzgado de primer grado, el cual para todos los efectos legales corresponde al Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CORREGIR la sentencia proferida por esta Corporación el 14 de diciembre de 2023, tanto en la parte que indetifica el proceso, como en el acápite de antecedentes, respecto del Juzgado de primer grado, el cual para todos los efectos legales corresponde al Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: CORREGIR la sentencia proferida por esta Corporación el 14 de diciembre de 2023, en su parte resolutive, la cual quedará así:

***“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ contra CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: SIN COSTAS** por conocerse del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'E. Jimena', written over two horizontal lines.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Edgar', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho', written in a cursive style.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL LEONEL GREGORIO ROMERO ROMERO contra **SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. ESP.** con radicado No. **110013105027-2020-00434-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

A U T O

En escrito radicado el 12 de enero de 2024, el apoderado judicial del demandante solicitó corrección de la sentencia proferida por la Sala de Decisión, el 31 de octubre de 2023, y fijada en edicto el día 10 de noviembre de la misma anualidad, respecto que en el ordinal primero del resuelve de la sentencia se plasmó erradamente el valor de \$33.600.00, cuando lo correcto era el valor de \$33.600.000.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El artículo 286 del C.G.P., dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Conforme el precepto transcrito, se tiene que las sentencias pueden ser corregidas en cualquier tiempo, cuando se incurra en errores puramente aritméticos-matemáticos o en los eventos de error por omisión, cambio de palabras o alteración de estas, siempre y cuando se encuentren en la parte resolutive o influyan en ella.

En el caso bajo estudio, revisadas las piezas procesales correspondientes, se observa que lo que se reclama es una “corrección” ante el lapsus en que se incurrió al digitar en el ordinal primero del resuelve que revoca el ordinal quinto de la sentencia del 3 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar CONDENAR a la demandada SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. E.S.P al pago de la indemnización moratoria por valor de \$33.600.00, cuando lo correcto era el valor de \$33.600.000 (Treinta y tres millones seiscientos mil pesos).

En las aludidas condiciones, se procederá a realizar la “corrección” pertinente.

Por lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

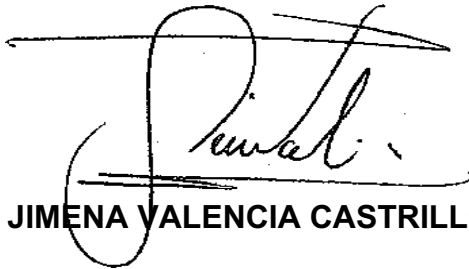
RESUELVE:

CORREGIR el ordinal 1° de la sentencia de segunda instancia de fecha 31 de octubre de 2023, proferida en el asunto de la referencia, el cual quedará del siguiente tenor:

“PRIMERO: PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO de la Sentencia del 3 mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar CONDENAR a la demandada SG INGENIERIA EN DUCTOS S.A. ESP al pago de la indemnización moratoria por valor de \$33.600.000 (Treinta y tres millones seiscientos mil pesos). correspondiente al periodo del 9 de enero de 2019 hasta el 9 de enero de 2021. A partir del mes veinticinco, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se haga efectivo el pago del saldo insoluto de las prestaciones sociales”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL LEONEL GLORIA SUSANA GÓMEZ
SILVA contra COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. con radicado No.
110013105022-2022-00149-01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

A U T O

En escrito radicado el 6 de diciembre de 2023, el apoderado judicial de la demandante solicitó corrección de la sentencia proferida por la Sala de Decisión, el 31 de octubre de 2023, y fijada en edicto el día 10 de noviembre de la misma anualidad, respecto que en el encabezado se plasmó como fecha “treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés (2022)”, cuando lo correcto era “treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés (2023)”,

Para resolver, **se considera:**

Ante todo, debe advertirse que los artículos 285, 286 y 287 del Código General del Proceso, aplicables al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que toda providencia puede ser susceptible de aclaración, corrección de errores aritméticos, de adición por el Juez que la profirió.

“ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso (...)

ARTÍCULO 287. Adición Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvencción o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación poder recurrirse también la providencia principal”.

Pues bien, aplicados los enunciados expuestos al presente caso, se observa que lo que se reclama es una “corrección” ante el lapsus en que se incurrió al digitar en números el año 2022 en el encabezado de

la fecha de la sentencia “treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés (2022)”, toda vez que en letras corresponde al año 2023, que es lo correcto.

En las aludidas condiciones, se procederá a realizar la “corrección” pertinente.

Por lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

R E S U E L V E:

CORREGIR el encabezado de la sentencia, para en su lugar plasmar que la fecha de la sentencia de segunda instancia es “*treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés (2023)*”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO ORDINARIO LABORAL, promovido por **KEVIN ANDRÉS OQUENDO PATIÑO** contra **INDUSTRIAL DE ELECTRODOMÉSTICOS S.A.S. Y STAF UNO S.A.S.**

Radicado 11001-31-05-038-2021-00071-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Resuelve la Sala la solicitud allegada por el apoderado de SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A. – SISA S.A. (en adelante SISA) a través de memorial remitido vía correo electrónico, mediante el cual indica que, no comparte que en la parte motiva de la sentencia, específicamente en el acápite de alegatos de conclusión no se efectuó un resumen de sus alegaciones de segunda instancia, radicada mediante memorial del 23 de junio de 2023.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El 12 de julio de 2023, la parte demandada mediante escrito solicitó se aclare la sentencia proferida el 7 de julio de 2023 y notificada a través de edicto el día 10 del mismo mes y año, pues no comparte que en el acápite denominado “alegatos de conclusión”, no se hubieren plasmado las alegaciones de segunda instancia, radicadas mediante memorial del 23 de junio del 2023.

En efecto, el día 23 de junio de 2023, la demandada SISTEMA INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A. SISA S.A. presentó alegaciones de segunda instancia, y solicitó que la sentencia apelada debe ser confirmada en lo que respecta SISA S.A.

Argumentó, que PHAROS S.A.S. es una sociedad por acciones simplificada, y por tanto en atención al artículo 36 del C.S.T., la solidaridad de los socios con la sociedad por cuenta de obligaciones laborales solo aplica para sociedades de personas, más no para sociedades de capital, o por acciones, como es el caso de las S.A.S.

En el caso que nos ocupa, esta Sala procedió a resolver el recurso de apelación formulado por el apelante único, en este caso, **la parte demandante**, quien consideró que se debía condenar solidariamente a los accionistas PHAROS INSURANCE SERVICE S.A., bajo el argumento que los socios Heinsohn Business y Sistema Integrales de Informática S.A. no permitieron que el liquidador fuera convocado dentro del proceso.

En consecuencia, la Sala estableció como problema jurídico a resolver si las demandadas Heinsohn Business Technology S.A., Sistemas Integrales de Informática Sisa S.A., Guillermo Turk y María Camila Pardo Correa, son solidariamente responsables de las sumas ordenadas por el *A quo*. Luego, de establecer los hechos exentos de prueba, la Sala consideró que atendiendo a las previsiones legales del artículo 36 del C.S.T en concordancia con el artículo 252 del Código de Comercio, no era posible extender las condenas impartidas a las sociedades por acciones simplificada convocadas a juicio, **toda vez, que la figura de solidaridad solo se predica para las sociedades de personas.**

De igual forma, la Sala desechó el argumento de la parte demandante en señalar que los accionistas impidieron la comparecencia del liquidador de la sociedad por acciones simplificadas, pues se trató de una mera afirmación sin respaldo probatorio, tratándose de un hecho nuevo que aludió al sustentar el recurso.

De ahí que, **NO** se accederá a la petición de la parte demandada, ya que en este caso no procede la aclaración de la sentencia de conformidad con el art. 285 C.G del P., ya que solo hay lugar a esta cuando la sentencia **“contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”** que no es el caso que nos ocupa, además, so pretexto de aclarar una providencia no es posible introducir modificación alguna a lo decidido en ella.

Por lo tanto, para que pueda aclararse una sentencia es necesario que en la parte resolutive de ella se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o que generen incertidumbre o que esos conceptos estén en la parte motiva, pero tengan directa relación con lo establecido en la resolutive, situación que no concurre para el caso de autos, pues si bien no se realizó un resumen de las alegaciones de la parte NO apelante, tal omisión no afectó la decisión de instancia, atendiendo que la sentencia recurrida fue confirmada bajo argumentos análogos a los expuestos por SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A. – SISA S.A.

En consecuencia, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE:

NO ACCEDER A LA SOLICITUD DE ACLARACIÓN de la sentencia solicitada por el apoderado de la parte demandada **SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A. – SISA S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RENÉ ALEJANDRO USECHE DÍAZ** CONTRA **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

El accionante **RENÉ ALEJANDRO USECHE DÍAZ** a través del escrito visible en el Archivo 09 Carpeta 02 del expediente, solicita adición de la sentencia proferida por la Sala de Decisión el 31 de mayo de 2023, aduciendo para el efecto que en los alegatos de conclusión la parte actora solicitó formalmente la corrección del error aritmético en que se incurrió en el fallo de primer grado, por cuanto en este se condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$41.737.867, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, estimada sobre un total de apenas 281 días, cuando en realidad debieron tomarse 385 días de servicios, dado que el despido indirecto se produjo el 6 de agosto de 2015 y la fecha de terminación del contrato de trabajo estaba prevista para el 1º de septiembre de 2016, denotando que el valor de la mentada indemnización en realidad debió corresponder a \$57.185.333 más la indexación. Así, destacó que en la sentencia de segundo grado no se observa pronunciamiento sobre este aspecto, por lo que solicita se proceda a hacer la corrección aritmética que se depreca.

Por su parte, la demandada **PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A.** mediante escrito visible a folio 11 Carpeta 02 del expediente, solicita aclaración de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2023, aduciendo para el efecto que en la mentada providencia se tuvieron por ciertos los hechos informados por el testigo Nelson Antonio Casas, pese a que sus dichos fueron contradictorios, pues confundió los años en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los que fue colaborador de la compañía y las circunstancias de tiempo, modo y lugar no fueron concretadas en su declaración, como sucedió cuando dijo que al demandante *“le quitaron funciones por un correo de auditoría indicando que el (sic) ya no tenía las funciones que traía”*, circunstancia esta que en todo caso no se probó en el expediente, porque no obra dicho correo, aunado a que el mismo testigo indicó que no recuerda si ello sucedió antes o después del retiro del actor.

Añadió que la declarante María Paulina Jaramillo, fue una testigo de oídas y no le constaron los hechos materia de debate, por lo que fue tachada en el momento procesal oportuno, lo cual no fue desvirtuado, sin embargo, sus dichos fueron analizados como *“verdades”* en el fallo de segundo grado.

Asimismo, dijo que, según la decisión de esta instancia, para la fecha de los hechos el señor Carlos Federico Ruíz, fungió como gerente de la compañía, lo cual no corresponde a la verdad, según se puede comprobar en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, y de las demás pruebas que dan cuenta de su calidad de socio de la empresa.

Finalmente, señaló que, en la providencia de segundo grado, se indicó que el actor padecía de estrés laboral, cuando ello no se demuestra en el proceso, en tanto solo obra una incapacidad de fecha 17 de abril de 2015. Concluyó que la valoración de las pruebas debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda, lo cual no sucede en el presente caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 281 del CGP.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular, se impone recordar que en el presente caso el Juzgado de primer grado profirió sentencia del 30 de agosto de 2022, mediante la cual declaró que entre las partes se ejecutaron contratos de trabajo a término fijo desde el 1° de septiembre de 1.994, prorrogados hasta el 6 de agosto de 2015, en virtud de los cuales el actor desempeñó como último cargo el de Jefe de Bodega, devengando como salario la suma final de \$4.456.000; asimismo, condenó a la encartada a pagar a favor del actor la suma de \$41.737.867 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y le absolvió de todo lo demás; declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la llamada a la acción.

La parte actora, solicitó ante el Juzgado de Conocimiento aclaración respecto de los cálculos aritméticos realizados para obtener el monto de la indemnización por despido sin justa causa, para lo cual el Despacho le detalló la manera en cómo se liquidó tal acreencia, frente a lo cual el extremo activo manifestó que no haría uso de ningún recurso.

Contra la anterior determinación, formuló recurso de apelación únicamente la demandada PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A., el cual fue desatado por esta Colegiatura mediante sentencia del 31 de mayo de 2023, confirmando la decisión de primer grado.

Aclarado lo anterior, se impone indicar frente a la solicitud de adición y corrección de la parte actora y, respecto de la solicitud de aclaración del extremo pasivo, que las mismas no se ajustan a las previsiones de los artículos 285 a 287 del Código General del Proceso.

Ello es así porque, en el caso de la petición de la parte activa, se observa que esta busca la modificación del valor reconocido por el Juzgado de Conocimiento a título de indemnización por despido sin justa causa,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

considerando un total de días laborados diferentes a los planteados por el A quo, muy a pesar de que dicho extremo no formuló recurso de apelación y solo planteó su inconformidad en sus alegaciones allegadas ante esta instancia, esto es, en un momento procesal inoportuno, puesto que ello debió discutirse mediante el recuso de alzada. De manera que, no resulta posible acceder a su solicitud de corrección y adición, pues es claro que sus planteamientos escapan de las prescripciones normativas de las normas que prevén dichas instituciones procesales, que en su literalidad indican:

“(…)

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto. Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.*

ARTÍCULO 287. ADICIÓN. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad. (...)* (resalta fuera de texto)

De suerte que, al no existir omisión de la Sala en “resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”, o de un “error puramente aritmético”, en tanto se insiste, pretende la modificación del valor de la indemnización con base en parámetros distintos timados por el Juzgado de Conocimiento, dable es concluir que la petición rogada por la parte actora no está dada a prosperar.

En igual sentido, encuentra la Sala que la petición elevada por el extremo pasivo bajo la figura de la aclaración de la sentencia está



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

llamada al fracaso, pues la misma en realidad envuelve un reproche frente a la valoración que la Sala efectuó frente a algunas pruebas testimoniales y documentales, al no compartir lo que el Colegiado encontró probado a través de las mismas, por manera que sobre tales aspectos no procede la aclaración de la decisión, porque no se relacionan con “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”, como así lo dispone el artículo 285 del CGP sobre la aclaración de la sentencia.

Ahora, cumple señalar, que las instituciones procesales que solicitan actividad judicial los extremos procesales no cumplen la labor perseguida, ni pueden suplir los recursos establecidos por el legislador para lograr una decisión disímil a aquella emanada de la segunda instancia, como lo constituye el recurso extraordinario de casación, máxime cuando el mismo artículo 285 de la norma *ejusdem* reseña que «la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció».

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de aclaración y/o corrección aritmética presentada por la parte demandante, así como la solicitud de adición deprecada por la parte demandada, respecto de la sentencia adiada 31 de mayo de 2023.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of a large, looping 'J' followed by 'imena' and 'Castrillón'.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

A stylized, handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Edgar Rendón'.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

A stylized, handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2021-00317-00
DEMANDANTE:	Carlos Alfonso Cuervo Ortiz.
DEMANDADO:	SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA S.A.
ASUNTO:	Recurso de apelación de la Sentencia del 13 de abril de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	CULPA PATRONAL
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin resolver los recursos de Apelación formulados por ambas partes en contra de la sentencia del 13 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ALFONSO CUERVO ORTIZ** contra la **SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA S.A.**, con radicado No.11001-31-05-017-2021-00317-00.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

¹ Fs. 01-26 Archivo 02 Expediente Digital

El promotor de la acción pretende que se declare que la sociedad demandada es responsable a título de culpa patronal del accidente acontecido el 30 de diciembre de 2016, y que, como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización de perjuicios materiales por lucro cesante consolidado y futuro, perjuicios morales, que se falle extra y ultra petita, a la indexación de las condenas proferidas, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el extrabajador que inició contrato de trabajo con la empresa SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA S.A. a partir del 18 de diciembre de 2012. Que, para el año 2020, el salario mensual percibido ascendía a la suma de \$877.803.

Indicó, el demandante que, dentro de sus funciones como auxiliar de almacén debía levantar bultos de granos de maíz de 50 kilogramos y apilarlos en torres de más de 3.5 metros de altura de manera manual, prestando sus servicios personales a la demandada durante el turno de 7:30 a.m. a 5:30 p.m. Que el 30 de diciembre de 2016, sufrió un accidente de trabajo dentro de las instalaciones de la empresa. Que, según el informe de investigación, al momento del accidente se encontraba recogiendo los granos de maíz con una aspiradora alrededor de una plancha de almacenado de 200 bultos de maíz de gallina, de un peso de 50 KG cada bulto, de una altura aproximada de 3.5 metros, sin ningún tipo de seguridad para el trabajador. Que el trabajador lo único que sintió fue que le cayeron los bultos encima, quedando atrapado sin poder hacer ningún movimiento.

Adujo, que la ex empleadora para la fecha del accidente de trabajo incumplió con su deber legal de implementar el programa de medicina preventiva y de trabajo, tampoco contaba con una matriz de riesgos o plan de seguridad para mitigar los riesgos a que se veía expuesto al ejercer sus labores de auxiliar de almacén en condiciones de seguridad que no afectaran su integridad. Que, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó mediante dictamen de fecha 9 de agosto de 2019 una pérdida

de capacidad laboral del 19.22% de origen laboral, que el diagnóstico definido fue de fractura de la epífisis superior del húmero, fractura del pubis, y traumatismo del nervio axilar.

Por último, que el actor ha perdido la destreza para ejercer actividades cotidianas, lo que le ha causado constantes episodios de angustia, por sentirse impedido para realizar actividades básicas y poder colaborar en su hogar, sufriendo graves episodios de depresión, estrés e insomnio por la disminución grave de sus actividades físicas debido a la pérdida de su capacidad laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La empresa **EL ARROZAL Y CIA S.C.A.** se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que las circunstancias fácticas que señala el actor no estructuran la existencia de culpa suficientemente probada por parte la empleadora de conformidad con el artículo 216 del C.S.T.

Frente a los hechos dio como ciertos la existencia de un contrato de trabajo a término fijo que inició el 18 de diciembre de 2012 hasta el 27 de marzo de 2020, data en que se le reconoció la pensión de vejez al demandante. También, tuvo como hechos ciertos que el cargo que ejecutó el actor fue el de auxiliar de almacén, que para el año 2020, su salario asciendo a la suma de \$877.803 y el accidente de trabajo acaecido el 30 de diciembre de 2016, en las instalaciones de la empresa ubicada en la Diagonal 60 sur N°. 80-81 del Barrio Bosa Centro.

En lo concerniente al accidente de trabajo, aclaró que el informe del accidente de trabajo no se ajusta a la realidad, pues deja entre ver que el trabajador estaba expuesto a riesgos no identificados. Además, el demandante contaba con los elementos necesarios para la ejecución de

² Fs.2-18 Archivo 05 Expediente Digital

sus laborales, y que la empresa cumple con las normas técnicas de almacenaje.

Propuso como excepción previa la de prescripción. Y de mérito las que nombró; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, exoneración de culpa del empleador, desconocimiento de documentos aportados por la parte actora.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de abril de 2023, declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada y declaró la existencia de un contrato a término fijo, entre el 18 de diciembre de 2012 y el 18 de marzo de 2020, que finalizó por justa causa. De igual forma, declaró que el actor sufrió un accidente de trabajo el día 30 de diciembre de 2016, el cual concurrió por culpa patronal de la empleadora. En consecuencia, condenó a la SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA, a pagar a favor del demandante la suma de \$22.000.000, por concepto de daños morales, absolvió a la pasiva de las demás pretensiones y la gravó en costas procesales.

Como fundamentos de su decisión, manifestó el *A quo* que no se discutía la ocurrencia del hecho acaecido el 30 de diciembre de 2016, el cual tuvo lugar en las instalaciones de la demandada, lo que significa que a luces del artículo 3 de la Ley 1562 de 2012 si se dio el accidente con ocasión del trabajo. Luego de citar cada una de las documentales aportadas y de escuchar los interrogatorios de parte, estimó que lo que originó el accidente fue la falta de cuidado o negligencia del empleador en prever un ambiente seguro para la recolección de los bultos de granos de maíz que cayeron sobre la humanidad del demandante. Explicó, que el accidente ocurrió por negligencia de la empleadora al no proporcionar un ambiente seguro para la ejecución de las labores, que el actor no recibió

capacitaciones o instrucciones de trabajo seguro en el área de almacén ni tampoco contaba con los elementos de protección necesarios.

Estimó que se demostró que la pasiva creó el riesgo, no lo controló ni tampoco verificó que las personas que asisten a su centro de trabajo tuvieran los elementos de protección, lo que indudablemente origina la existencia de la culpa suficientemente comprobada por parte del empleador conforme al artículo 216 del C.S.T. En lo atinente a la indemnización por lucro cesante consolidado y futuro, indicó que no es procedente pues el fin de los mismos es resarcir al trabajador de lo que no se ganó o indefectiblemente no se ganará. Por lo tanto, no existió un detrimento económico porque continuó laborando hasta el 18 de marzo de 2020, y el 27 del mismo mes y año se pensionó por vejez. Por último, condenó a la pasiva al pago de perjuicios morales.

APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, elevo recurso de apelación de forma parcial, para en su lugar se condene al reconocimiento y pago de la indemnización plena de perjuicios por perjuicios materiales. Argumentó, que no comparte la decisión del Juez de instancia al señalar que no existe un detrimento económico a favor del demandante, toda vez, que el contrato de trabajo finalizó el 18 de marzo de 2020, y posteriormente adquirió la pensión de vejez. En consecuencia, solicita se revoque el ordinal quinto de la sentencia y se concedan los perjuicios por lucro cesante.

Por último, que no esta de acuerdo con el monto de tasación de las costas procesales.

LA SOCIEDAD DEMANDADA, presentó recurso de apelación en contra de la integralidad de la sentencia. Argumentó, que no comparte lo señalado por el Juzgado al discernir que la empresa empleadora no presentó los documentos idóneos para exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 216 del C.S.T., tales como el programa o matriz de riesgos, ni los soportes para la prevención de riegos. Sin embargo, sí se

encontraba delimitada la zona en la que el actor estaba ejecutando sus funciones, tal como se evidencia del registro fotográfico de la investigación del accidente.

Agregó, que realizó capacitaciones y entregó elementos de protección y seguridad al trabajador Carlos Alfonso Cuervo Ortiz. También, que el trabajador contaba con seis años de experiencia para la ejecución de sus labores, y conocía cada uno de los riesgos a los que se enfrentaba. Agregó, que en caso de confirmarse la declaratoria de culpa patronal, se mantenga la decisión de primera instancia de abstenerse de ordenar el pago de perjuicios materiales.

Frente a los perjuicios morales, indicó que no es válido que las enfermedades comunes que padece el demandante, como demencia senil, pretenda achacarlas al accidente de trabajo ocurrido en las instalaciones de la empresa. Por tanto, llama la atención para la empleadora una tasación tan alta por parte del Juzgado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar, si el accidente de trabajo que sufrió Carlos Alfonso Cuervo Ortiz el día 30 de diciembre de 2016, fue por culpa

imputable a su empleador. En caso afirmativo, si hay lugar a la imposición del pago de perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y futuro). De igual forma, le corresponde a la Sala en determinar, si en efecto como lo señala la demandada, el Juez **A quo**, basó la imposición de perjuicios morales en enfermedades que no fueron derivadas del accidente de trabajo. Por último, si hay lugar a la modificar la tasación de costas procesales fijadas en la suma de \$2.500.000.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objetoalzada. No es materia de debate dentro del presente asunto; los siguientes hechos: **(I)** Que el señor Carlos Alfonso Cuervo Ortiz y la demandada ARROZAL y CIA S.C..A suscribieron contrato de trabajo a término fijo a partir del 18 de diciembre de 2012 hasta el 18 de marzo de 2020, conforme lo acepta la pasiva en la contestación al hecho segundo y tercero de la demanda y como se documenta en los archivos 02 y 05 del exp. Digital. **(II)** Que el 30 de diciembre de 2016, el señor Cuervo Ortiz sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa ubicada en la Diagonal 60 sur N.º 80-81 del Barrio Bosa Centro. **(II)** Que, mediante dictamen del 9 de agosto de 2019, la Junta Nacional de Calificación, determinó que el actor padecía una pérdida de capacidad laboral del 19.22% con fecha de estructuración del 17 de noviembre de 2017.

Es de señalar que la responsabilidad subjetiva gobernada por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, ante el hecho de evidenciarse, de un lado, la existencia de un accidente o enfermedad laboral y, de otro, la culpa del empleador en su ocurrencia, tiene su sostén, *a priori*, en la responsabilidad contractual propia del negocio jurídico laboral; responsabilidad que emerge en el plano de la realidad, del

incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones connaturales al ligamen laboral -artículo 56 C.S.T.-, y en especial, de la no satisfacción de las disposiciones legales que, en materia de seguridad y salud en el trabajo debe observar con diligencia el empleador; obligaciones que se traducen en el compromiso de brindarles a los trabajadores un ambiente de trabajo seguro y adecuado, lo cual se logra conociendo las condiciones laborales y ambientales en que se encuentran los trabajadores de la empresa y activado un plan eficiente de prevención y seguridad.

Esta responsabilidad, reclama del imputado *empleador*, la reparación integral de todos y cada uno de los perjuicios que se hayan podido causar al afectado *trabajador*, o sus sucesores. No obstante, adviértase que, para que opere la indemnización plena de perjuicios, debe acreditarse, fehacientemente, tres elementos, que se traducen en: i) *la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad del mismo origen*; ii) *la culpa del empleador en la ocurrencia del siniestro, ya sea por acción, omisión, debido a la falta de cuidado, por negligencia, impericia etc.*; iii) *la demostración de los perjuicios* y iv) *el nexo causal entre la ocurrencia del accidente de trabajo y la responsabilidad del empleador en la acreditación de un obrar diligente o con el cuidado debido.*

En lo que al asunto atañe, en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral señaló que la culpa suficientemente comprobada del empleador se determina por el incumplimiento de los deberes de prevención en cabeza de la patronal: *“Pues bien, sea lo primero señalar que en relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, **la Sala ha adoctrinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral**, ya sea que se derive de una acción o un control*

*ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)". (...)*³

Ahora, en lo que atañe a las obligaciones probatorias que corresponden a cada parte en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, se tiene decantado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que:

"... la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en la realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior *"...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores"* (CSJ SL7181-2015)», Esto es, la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que ***por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C.C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».*** (Sentencia SL13653 del 7 de octubre 2015, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).

Se precisa también por la jurisprudencia de la materia que si se presenta un cumplimiento de todas las normas de seguridad por parte del empleador y el evento aun así acaece, pueden actuar como eximentes de responsabilidad de éste en el siniestro del cual es víctima un trabajador en la ejecución de su trabajo, la existencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Ello, por cuanto el hecho ajeno supone el rompimiento del nexo de causalidad entre

³ CSJ. Sala de Casación Laboral. Rad. 61563. MP: IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ. 4 de noviembre de 2020.

el daño y la acción u omisión del empleador (sentencias de la C.S.J. SL12862-2017 y SL14420-2014, reiterada en sentencia SL15114-2017).

Ahora bien, atendiendo la adecuación técnica del libelo introductorio, se tiene que el trabajador le achaca al empleador, la denominada por la jurisprudencia patria, **culpa por abstención**, lo cual no es otra cosa que, endilgarle responsabilidad por inhibirse en el cumplimiento con “diligencia y cuidado” de las **obligaciones generales y especiales debidas**, frente al cuidado de las condiciones de salud y trabajo de sus operarios, concretamente en **seguridad e higiene industrial**⁴, actividades connaturales a la administración de los negocios propios, circunstancia que, constituye la conducta culposa que exige el art. 216 del CST, para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios; y es que basta leer el acápite de hechos de la demanda (hechos 30, 31, 32, y 33, archivo 01 del expediente digital), en la que se refiere que la parte demandada, no cumplió con sus obligaciones relativas en salud ocupacional *-en adelante PSO-* hoy Seguridad y Salud en el Trabajo *-en adelante SST-*; es decir, el accionante se duele que la demandada, no cumpliera con los requerimientos mínimos de política de seguridad y salud en el Trabajo POS hoy SGSST, particularmente, en lo que atañe a la identificación de peligros, evaluación y valoración de riesgos, programas de inducción y reinducción, capacitaciones orientadas al riesgo al que se va a exponer y entregas de equipos de protección personal.

Ergo, endilgada la falta de diligencia y cuidado de la entidad empleadora, de conformidad con el art. 1604 del C.C., **correspondía a quien debió emplearla, probarla**, puesto que probada su omisión se hace acreedor del pago de la reparación plena y ordinaria de perjuicios rogada. Del anterior siniestro laboral acaecido en la humanidad del demandante y que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 19.22%, la pasiva funda su defensa de exculpación en señalar que brindó al demandante un espacio seguro, capacitaciones y elementos de protección para evitar la ocurrencia del siniestro.

⁴ Art. 9 Decreto 614 de 1984.

En el sub judice, se destaca el informe de accidente de trabajo, donde se documenta su ocurrencia el 30 de diciembre de 2016 a las 5:30 pm, en la descripción del accidente narra lo siguiente: *«El trabajador se encontraba recogiendo los granos de maíz con una aspiradora alrededor de una plancha de almacenado de 200 bultos de maíz gallina, de un peso de 50 Kg. cada bulto, de una altura aproximada de 3.5 metros, en el área de bodega de granos, sin ningún tipo de seguridad para el trabajador. Cuando sintió fue que le cayeron los bultos encima, quedando atrapado sin poder hacer ningún movimiento. Los compañeros de trabajo quienes lo ayuda retirándole los bultos de encima y llamado la ambulancia para realizar el traslado a la clínica del occidente».*

Así mismo, el informe cita una declaración efectuada por un testigo ocular de los hechos, el trabajador Senén Arenas Suarez quien depuso lo siguiente: *“el accidente ocurrió debido a que se derrumbó una plancha de maíz gallina, cayéndole parte de los bultos encima del trabajador. De la misma manera, manifiesta que la plancha la realizaron como lo hacen de costumbre, que las estibas donde realizan la plancha son de mala calidad y se rompen con el paso. No se reciben instructivos de trabajo seguro en el área de trabajo “.*

Dentro del mismo informe de investigación del accidente de trabajo, no se desprende ninguna conclusión diferente a la obtenida por el **A quo**, en cuanto las causas básicas por factores de trabajo que ocasionaron el accidente fueron: **“Falta de advertencias, almacenamiento inadecuado y posición de tarea inadecuada”**. Y como condición subestándar refirió un sistema de advertencia inadecuado. De igual forma como factores del trabajo señaló una falta de liderazgo o supervisión inadecuada, consideraciones inadecuadas de factores ergonómicos, evaluación inadecuada de condiciones operacionales, herramientas y equipos inadecuados, evaluación deficiente de necesidades y riesgos, coordinación en el diseño del proceso, estándares, procedimientos, reglas, y monitoreo del uso de estándares, procedimientos y reglas.

De lo anterior, se puede deducir que, en antípoda a lo afirmado por la entidad a lo largo del proceso y retirado en la apelación, la recurrente no cumplió con las **obligaciones de medio** radicadas en cabeza suya –arts. 56, 57 y 348 CST-, pues, en el caso de marras resulta palmaria, la falta de diligencia y cuidado por parte del empleador en el **DISEÑO, IMPLEMENTACIÓN, DESARROLLO y EJECUCIÓN** del PSO hoy SGSST, particularmente en lo relativo al Subprograma de **Higiene y Seguridad Industrial**, en lo atañadero a la “**identificación, evaluación y valoración**”, del factor de riesgo ocupacional hoy laboral, al que expuso a su operario, lo que de contera le llevó a **NO identificar, evaluar, controlar e intervenir** los peligros y riesgos ocupacionales, los cuales **debió contemplar en su PANORAMA DE RIESGOS hoy MATRIZ DE PELIGROS, VALORACIÓN Y EVALUCIÓN DE RIESGOS**, por lo que la ausencia de prueba sobre el particular⁵ y el restante material probatorio, le permite a esta Sala de Decisión colegir que, debiendo prever lo previsible, en cuanto al factor de riesgo ocupacional al que expuso a su trabajador, no lo previó, o previéndolo no lo eliminó o sustituyó.

Y es que, itérese que, en el sistema de riesgos laborales, en tratándose de **accidentes laborales**, el empleador, como directo responsable de su subordinado, en virtud de lo preceptuado en los arts. 56, 57 y 348 ejusdem y 21 del Decreto 1295 de 1994 –*hoy mod. art. 26 Ley 1562 de 2012*-, tiene y debe a éste la **observancia de los deberes de protección, seguridad y cumplimiento de las medidas adoptadas para evitar infortunios propios de cada actividad** –*los cuales se establecen en la matriz de identificación de peligros, evaluación y valoración del riesgo*-, frente a sus subordinados, es decir, que de éste se demanda la diligencia y cuidado que en el despliegue de sus negocios propios, tiene el buen padre de familia, amén a que ante la ocurrencia de un siniestro, responde hasta por la culpa leve –*art. 63 del C.C.*–; por lo que la inobservancia de

⁵ No indica lo anterior que, el PSO hoy SGSST, comporte una prueba solemne o ad substantiam actus, empero, es el instrumento que por disposición de ley, permite al empleador identificar los peligros propios de su actividad, y a los cuales expone a su trabajador, de cara a valorarlos, y evaluar medidas de control, así como medidas de intervención de cara prevenirlos o corregirlos.

tales procederes, **es prueba fehaciente de su culpa en el acaecimiento del insuceso**, siendo entonces de su tutela la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador, **en la medida que el empleador como GENERADOR del RIESGO**⁶, tiene la obligación ética, moral y jurídica de controlar la exposición y evitar los daños que los mismos generan en los trabajadores, por demás subordinados.

Claro lo anterior, esto es, **que el empleador** debe acreditar que actuó con **diligencia y cuidado**, cuando **expuso al riesgo ocupacional al operario**, de modo tal que descende la Colegiatura a revisar la prueba aportada al plenario, **en aras de verificar el cumplimiento y ejecución de medidas tendientes a mitigar o corregir la causa eficiente del evento lesivo acaecido en la humanidad del demandante**, ya que la entidad empleadora aduce a ultranza que, el riesgo estaba identificado, valorado y evaluado.

En el plenario se advierte la vulneración flagrante por parte de la demandada, de las previsiones contenidas en los arts. 2 literal a), b) y g), 6, de la Resolución 2400 de 1979, literales a), b) y c) del 80, literal a), b) y c) del 84 de la Ley 9° de 1979, Decreto 614 de 1984, D.L 1295 de 1994, Resolución 1016 de 1989, Resolución 1401 de 2007, junto con las NTC GTC 45 y 3701–*Norma Técnica Colombiana de Higiene y Seguridad Industrial a guiza de ejemplificación*–, entre otras reglas de salud ocupacional de **obligatorio cumplimiento**, conforme con el inciso 2 del art. 1° y párrafo del art. 21 del Decreto 1295 de 1994 hoy concordante con el 26 de la Ley 1562 de 2012.

Así las cosas, para el 30 de diciembre de 2016, **calenda del evento lesivo, cuya reparación se pretende en autos**, no existe prueba de la existencia del **P.S.O. hoy S.G.S.S.T.**, al interior de la empresa empleadora hoy demandada, pues no existe siquiera prueba sumaria que solvente cualquier actuar diligente por parte del empleador, tendiente a identificar,

⁶ Quien crea o genera el peligro, y los riesgos asociados al mismo, tiene la obligación de identificarlos, evaluarlos y valorarlos, para evitar materialización; criterio que parte de la Teoría del riesgo creado.

evaluar y valorar los riesgos ocupacionales a los que exponía a su trabajador, así como su forma de identificación y forma de prevenirlos o mitigarlos. Pues es de señalar, que la pasiva aportó un programa de inducción y reinducción en seguridad y salud en el trabajo visible en paginas 55 a 57 del archivo 05 expediente, sin embargo, el mismo es con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, pues data del 24 de enero del 2017.

Por tanto, no es de recibo las declaraciones dadas por el representante legal de la empresa demandada Darío Hernández Parrado (conteo de audio 18:23 a 24:10), quien depuso que para el momento del accidente dentro de los archivos de la empresa obraba un programa de seguridad y salud en el trabajo, programa que conocía el ex trabajador demandante.

Luego, carece por parte del empleador de tan crucial instrumento o carta de navegación, en cuanto atañe a la identificación y evaluación de los riesgos laborales, que atenta contra los fines esenciales de la hoy disciplina de la SST antes S.O., que no son otros en términos del art. 80 de la Ley 9 de 1979 que “(...) *preservar, conservar y mejorar la salud de los individuos en sus ocupaciones (...)*”; siendo así, itérese que el **diseño, implementación, desarrollo y ejecución** del P.S.O. hoy S.G.S.S.T., el cual implica tiempo, disposición, planeación y presupuesto, es de cargo del empleador, como generador del riesgo.

De contera la recurrente **NO** probó contar con un subprograma de Higiene y Seguridad Industrial, cuyo objeto primordial no es otro que la **identificación, reconocimiento, evaluación y control** de los principales factores de riesgo ocupacional, que pueden afectar la salud del trabajador, los cuales se condensan en la **MATRIZ O PANORAMA DE PELIGROS y RIESGOS**, la cual le sirve de base al empleador de cara a implementar los **controles** ora sobre la **a)** fuente del riesgo, **b)** el medio ambiente donde se ejecuta la labor o **c)** el trabajador, así como el mapa de navegación para implementar las **medidas de intervención** del riesgo, ya sea para **a)**

eliminarlo, **b)** sustituirlo, **c)** ejercer controles de ingeniería, **d)** ejercer controles administrativos o **e)** brindar E.P.P. de cara a su mitigación, medida esta última que no evita la ocurrencia del A.T. hoy A.L., pues los mismos están diseñados para mitigar la probabilidad de ocurrencia o la gravedad de una lesión, mas no para evitar su materialización. **Circunstancia, que devela el desconocimiento del numeral 2° del art. 10 y numerales 1° y 2° del art. 11 de la Resolución 1016 de 1986 y numeral 2 del literal c) del art. 30 del Decreto 614 de 1984.**

De ahí que, los anteriores factores impiden desvincular la responsabilidad de la empresa en el accidente de trabajo debatido, y por ende revela el acierto del *A quo*, cuando indicó que el empleador no identificó con oportunidad los riesgos que produjeron el accidente, que el supervisor o jefe no fue diligente al inspeccionar el sitio de trabajo para asegurar que se encontraba en condiciones seguras, lo que permite concluir que la pasiva no dio cumplimiento a sus obligaciones patronales.

De ahí que, los pormenores indicados no se encuentran desvirtuados en los medios de convicción revisados, en este caso, el informe de investigación de accidente de trabajo, pues es un hecho incuestionable que el accidente se presentó por una serie de condiciones inseguras de trabajo, falencias que resultan transcendentales, pues la actividad que desarrolla la empresa es compleja y requiere toda la prevención posible para salvaguardar la vida de sus trabajadores. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el representante legal de la empresa aceptó que el accidente ocurrió por un deslizamiento de unos bultos apilados a una altura de 3.5. metros (conteo de audio 18:23 a 24:10).

Luego, así las cosas, se analizan desde dicha perspectiva, que el empleador no identificó el riesgo formalmente, ni veló por la **ejecución** de los protocolos planteados para evitar que los eventos **ya determinados**, como probables en su materialización, según la matriz de riesgos ocupacional no se materializaran, a guisa de ejemplo, el acontecido, el 30 de diciembre de 2016 sobre la humanidad de Cuervo Ortiz, máxime cuando

no lo previó ni mucho menos evitó. Lo anterior, de entrada, se erige como una **violación al literal b) del art. 84 de la Ley 9 de 1984 y el literal a) del art. 24 del Decreto 614 de 1984**, en cuanto era su **obligación** hacer cumplir las normas y protocolos de salud ocupacional.

Ora bien, en el plenario, siquiera se advierte que, el empleador haya capacitado al hoy demandante, de cara a los riesgos ocupacionales inherentes al cargo que desempeñaría, ni **menos aún que se le informara sobre su identificación, prevención o mitigación, en los términos del literal e) del art. 24 del Decreto 614 de 1984**, lo cual indica la violación del **literal g) del art. 2 de la Resolución 2400 de 1979**. Pues de la escasa prueba recaudada, únicamente fue aportado un documento denominado “formato de capacitaciones”, de fecha 20 de abril de 2016, que cuenta con el nombre y rubrica del demandante, sin embargo, ese solo documento es insuficiente para demostrar que en efecto la pasiva capacitó al demandante de los riesgos que se veía expuesto a realizar labores de limpieza en la bodega.

Como se demostró el demandante al momento de ejecutar su función no contaba con los elementos de protección personal, y si bien allegó una constancia de entrega de dotación calendado en el mes de abril de 2017 (pág. 23-25 archivo 05 del expediente digital), tal circunstancia no exonera, de modo alguno, a la demandada de su responsabilidad en la ocurrencia del accidente de su trabajador pues, como se viene de explicitar, el **demandante** no fue capacitado, en la identificación de los peligros y riesgos asociados a la actividad a ejecutar, y su forma de prevenirlos o mitigarlos, ni se materializó la entrega de elementos de protección personal.

Y es que, itérese, de conformidad con lo previsto en el **literal b) del art. 84 de la Ley 9 de 1979**, los empleadores no solo están en la obligación **formal** de tener PSO hoy SGSST –el cual no se adoso al plenario-, sino de **materialmente implementarlo**, so pena, que su actitud silente y abstencionista, le acarreen las consecuencias que hoy se avizoran. Amén

de la brevedad, consúltese CSJ, SL sentencia del 21 de junio de 2017, rad. 40457, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas.

Bajo tal raigambre, a descampado fluye que, el siniestro ocurrido el 30 de diciembre de 2016 en la humanidad de Carlos Alfonso Cuervo Ortiz, devino por razones imputables al empleador. De ahí que, el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones procedió a limpiar la bodega sin percatarse el empleador que el lugar de trabajo no se encontraba en condiciones seguras.

Recuérdese que el empleador tiene el deber de brindar seguridad a sus trabajadores, procurando toda clase de prevención para evitar accidente que ponga en riesgo su vida, máxime en estas actividades que de por sí exigen cuidados rigurosos.

También se configuró el elemento esencia de nexo causal, pues quedo demostrado la ocurrencia del accidente de trabajo, y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptado las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el actor, por lo que resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

En síntesis, no le asiste razón a la demandada a señalar que de los medios documentales aportados evidencia que adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física del trabajador. Por el contrario, deja entre ver que el infortunio fue el resultado de un actuar negligente y desordenado al no implementar un programa de salud ocupacional hoy sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo S.G.S.S.T, tampoco ejercicio una labor de supervisión y dirección de actividad, pues dejo a la deriva la ejecución de una actividad peligrosa en un espacio inseguro, pues se itera de la misma declaración del representante legal, confesó que la labor ejecutada consistía en la limpieza

de una bodega donde se encontraba apilados bultos que alcanzaban una altura de 3.5 metros.

De manera que, se itera, el Juzgador no incurrió en el error jurídico que le achaca la demandada impugnante, pues de lo precedente es evidente la existencia de culpa patronal del empleador SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA S.C. en la ocurrencia del accidente de trabajo acaecido el 30 de diciembre de 2016 a CARLOS ALFONSO CUERVO ORTIZ debiéndose confirmar el ordinal tercero de la sentencia apelada.

Lucro Cesante.

Ahora bien, pese a que la empleadora es culpable en la ocurrencia de un accidente de trabajo, consideró el Juez de instancia que no es dable la reparación de lucro cesante consolidado y futuro, bajo la premisa que el ex trabajador demandante estuvo vinculado en la empresa hasta el 18 de marzo de 2020, y a partir del 27 de marzo del mismo año y el sistema de seguridad social asumió el pago de una pensión de vejez a su favor. De ahí que, no existe un detrimento económico por resarcir y queda subrogada legalmente la reparación plena de perjuicios del artículo 216 del C.S.T.

Se debe decir que la jurisprudencia de vieja data ha sido pacífica en sostener que las prestaciones económicas otorgada por el sistema general de seguridad social integral son compatibles con la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, toda vez que cubren obligaciones distintitas, pues mientras en el primer caso se busca proteger de manera objetiva el afiliado o sus causahabientes; en el segundo se propende por una reparación subjetiva que surge de un accidente laboral ocasionado por la culpa del empleador, razón por la cual se ha determinado la imposibilidad de compensar las sumas que el empleador debe a título de lucro cesante, daño emergente y/o perjuicios morales, conforme al precepto legal aludido, con los valores recibidos, en este caso, por la pensión de vejez a cargo de la AFP. Así, lo ha adoctrinó

la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en la sentencia del 13 de marzo de 2020, rad. 39798, en la que expuso:

“Con todo, el ad quem al negar la compensación de la condena impuesta a la demandada por indemnización plena de perjuicios con el pago que ha realizado la ARP por concepto de pensión de sobrevivientes, sobre lo cual, a la postre, recae el ataque del impugnante con los reparos 1º y 3º anotados, no hizo más que seguir el precedente mayoritario que viene aplicando esta Corte en múltiples casos, verbigracia en la sentencia 35121 de 2009, reiterada en la 36815 de 2011; en aquella esta Sala resolvió el punto de inconformidad de la censura como sigue:

*“Con respecto al derecho a la reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, nuestra legislación tiene prevista dos maneras de reparación identificables jurídicamente así: una, la denominada **reparación tarifada de riesgos**, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstos en la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas reglamentarias según el caso a cargo de las Administradoras del Riesgo Profesional; y otra, la **reparación plena de perjuicios** que tiene que ver con la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T..*

Estas dos formas de reparación tienen distinta finalidad, habida consideración que la que está a cargo de la ARP busca proteger de manera objetiva al afiliado o a sus causahabientes señalados en la ley, siendo de naturaleza prestacional perteneciente al Sistema de Seguridad Social Integral; mientras que la indemnización plena de que trata el artículo 216 del C. S. del T., persigue la indemnización completa de los daños sufridos al producirse un accidente de trabajo por culpa del empleador, en la modalidad de subjetiva, el cual hace parte de un riesgo propio del régimen del Derecho Laboral.

Otra de las diferencias entre las reparaciones a que se ha hecho mención, consiste en que el empleador siendo el llamado a asumir las consecuencias de la culpa comprobada frente a un accidente de trabajo que se produzca, no le es dable como responsable directo del perjuicio descontar suma alguna de las prestaciones dinerarias pagadas por las entidades del sistema de seguridad social, a menos que el empleador responsable por culpa haya sufragado gastos que le correspondían a estas entidades, por virtud del riesgo asegurado, evento en el cual sí puede hacer el descuento de lo que tenga que pagar por indemnización conforme lo consagra la norma, por razón de que tales entidades de previsión social, como se dijo, lo que cubren es el riesgo laboral propio de la denominada “responsabilidad objetiva del patrono” en la ocurrencia del accidente de trabajo o

la enfermedad profesional, pero en ningún momento la responsabilidad derivada de la culpa del empleador, que es de naturaleza subjetiva.

[...]

Adicionalmente, es de anotar, que la Sala en decisión del 7 de marzo de 2003 radicación 18515, que reiteró la sentencia que data del 25 de julio de 2002 radicado 18520, al referirse a esta temática había adocinado que aún con la expedición del **artículo 12 del Decreto 1771 de 1994**, al colocarlo en relación con el artículo 216 del C. S. del T., mantiene invariable la tesis según la cual las entidades de seguridad social no asumen las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por culpa suficientemente comprobada del empleador, y por tanto no es posible que le aminoren esa carga patrimonial al patrono encontrado culpable, quien tiene toda la responsabilidad ordinaria por mandato del citado precepto sustantivo laboral.

[...]

Las anteriores directrices jurisprudenciales permiten inferir, que los beneficiarios o causahabientes del trabajador fallecido que reciban una reparación integral de los perjuicios sufridos derivados de un accidente de trabajo por culpa patronal, y simultáneamente un beneficio prestacional del ISS o de la ARP, no están accediendo a un doble beneficio por un mismo perjuicio, en la medida que como se explicó su origen es disímil y obedecen a causas diferentes, sin olvidar que para estos casos la culpa y el dolo no son asegurables".

Por tanto, conforme al precedente citado que actualmente sigue esta Sala, no es posible compensar las sumas que resulta a deber la empresa a título de lucro cesante, por los perjuicios materiales incluidos en la reparación integral del daño, en aplicación del artículo 216 del CST, con las recibidas por concepto de pensión de sobrevivientes, por tratarse de obligaciones diferentes. Lo cual fue justamente lo que dispuso el ad quem".

El anterior criterio se puede también consultar en múltiples pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las decisiones CSJ SL887-2013; CSJ SL2158-2018; CSJ SL4473-2018 y CSJ SL1566-2021, SL2040-2023 entre otras.

Así mismo, en la sentencia SL del 25 de julio de 2002, reiterada en

la CSJ SL16367-2014, en la que también se explicó ampliamente que el sistema de seguridad social integral subroga al empleador únicamente en el riesgo que da lugar a la denominada responsabilidad objetiva. Al respecto la Sala Laboral de la Corte adoctrinó lo siguiente:

“El aludido criterio jurisprudencial, respecto de las prestaciones que otrora otorgaba el Instituto de Seguros Sociales, ya había sido asentado, entre otras, en sentencia CSJ SL, del 25 de jul. de 2002, rad.18520, en los siguientes términos:

“Entiende la Corporación que cuando la disposición en cita autoriza al patrono a descontar del monto de la indemnización “el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”, se refiere única y exclusivamente a las sumas que él haya pagado con anterioridad al trabajador con ocasión del accidente, pero no las prestaciones que haya reconocido el Instituto de Seguros Sociales por ese motivo, el cual no tiene por qué asumir el riesgo del daño que al trabajador le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya causación exista culpa suficientemente comprobada del patrono.

“En decisión de 9 de noviembre de 2000, radicación 14847, señaló la Sala lo siguiente sobre el tema:

“El artículo 216 del CST dice que, cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en el capítulo que la contiene.

“Hasta el año 1993, y en número plural de providencias, la Corte sostuvo que el patrono sí podía descontar del valor de la indemnización ordinaria de perjuicios las prestaciones pagadas por el Seguro Social. Pero la Corte en Sala Plena (integradas las dos Secciones que conformaban la Sala Laboral), decidió, con la sentencia del 12 de noviembre de 1993, que el Seguro Social no había asumido, para entonces, el riesgo del daño que al trabajador le sobreviniera por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional imputable a culpa suficientemente comprobada del patrono.

[...]

“La sentencia de la Corte del 8 de mayo de 1997 que invocó el Tribunal, destacó que los reglamentos del Seguro Social vigentes para la época de los hechos analizados, y concretamente el artículo 83 del acuerdo 155 de 1963, no autorizaron al patrono a descontar de la indemnización ordinaria las sumas que el Seguro Social reconociera al trabajador o a sus derechos habientes, por prestaciones en dinero.

“El artículo 83 del acuerdo 155 de 1963 del Seguro, que fuera aprobado por el decreto 3170 de 1964, y para cuya expedición invocó el presidente de la República los artículos 9° de la ley 90 de 1946 y 5° del decreto 1695 de 1960, disponía:

‘El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente reglamento por parte del Instituto exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono procederá a demandar el pago de esta indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

‘Lo dispuesto en el inciso anterior no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con las normas de este reglamento’.

“Pese a la equívoca redacción de la norma transcrita, ella no permitía la tesis de la sociedad recurrente, que desde luego se funda en otro sistema legal. Pero la Corte despejó el equívoco en la sentencia del 8 de mayo de 1997. Es importante recordar, en resumen, las razones que tuvo en cuenta para fundar su tesis: 1) El poder normativo de los reglamentos del Seguro está limitado por su objeto social: es entidad aseguradora de los riesgos originados en la prestación de servicios subordinados; la ley no le dio al Seguro la atribución de determinar las consecuencias de la culpa del patrono en la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, pues esas consecuencias corren a cargo exclusivo del empleador culpable. 2) La

competencia que le reconoce la ley al Seguro para subrogar al patrono en la asunción de riesgos laborales está dentro del ámbito de las prestaciones, de los servicios sociales o de las medidas de seguridad social que deben amparar a sus beneficiarios, como lo prescribe el artículo 7º del decreto ley 433 de 1971; pero el Seguro no está legalmente facultado para regular las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por la culpa suficientemente comprobada del patrono. El Seguro tampoco está legalmente facultado para aminorar la carga patrimonial del patrono en esa materia, por lo cual, asume toda la responsabilidad ordinaria por mandato del artículo 216 del CST; y, por lo mismo, **el Seguro subroga al patrono únicamente en el riesgo que da lugar a la denominada responsabilidad objetiva.** 3) Si, por su equívoca redacción, el artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 consagrara el derecho del empleador culpable del accidente para descontar del monto de la indemnización ordinaria lo pagado por el Seguro por prestaciones en dinero, la norma sería inaplicable, al igual que el artículo 1º del decreto 3170 de 1964 que lo aprobó. 4) **El Seguro reconoce prestaciones para cuyo cálculo toma en cuenta variables como el salario, los años de servicios, el número de cotizaciones, la edad del trabajador, la vida probable, etc. En cambio, no toma en cuenta los perjuicios realmente producidos, lo cual marca una diferencia entre la indemnización a que se refiere el artículo 216 del CST, que busca reparar la totalidad del daño ocasionado por el patrono culpable, con la actividad aseguradora del Instituto.** 5) **No es cierto que el trabajador se beneficie doblemente (con la indemnización plena y con las prestaciones económicas del Seguro), puesto que el seguro ha sido tomado por el mismo accidentado, de modo que el patrono no puede restar de la indemnización total y ordinaria de perjuicios lo pagado por el Seguro Social en virtud del cubrimiento de un riesgo que no ha sido asegurado por él.**

“Ahora, procede el examen del régimen de la ley 100 de 1993, empezando por su reglamentación, como lo propone el cargo:

“El decreto 1771 de 1994 es reglamentario del 1295 del mismo año (estatuto con alcance legal). Su artículo 12 dispone:

‘Subrogación. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia

profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.

‘Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales’.

“Es una redacción similar a la de su antecesor, el 83 del acuerdo 155 de 1963, de manera que por este solo aspecto, si el artículo 12 del decreto 1771 de 1994 fuera puesto en relación con el 216 del CST, no sería útil para dar por sentada la posibilidad de descontar las prestaciones económicas del Seguro Social de la indemnización ordinaria de perjuicios.

Ninguna de las normas cuya acusación plantea el cargo permite concluir en la tesis de la censura.

“En efecto:

“El artículo 139-11 de la ley 100 de 1993 confirió al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias pro tempore para “Dictar las normas necesarias para organizar la administración del sistema general de riesgos profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. En todo caso, la cotización continuará a cargo de los empleadores”; luego nada indica que en esta atribución de facultades legales, el presidente de la República pudiera regular las consecuencias de la culpa patronal del artículo 216 del CST.

“El decreto ley 1295 de 1994, según su encabezamiento, determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. El artículo 13 se limita a señalar quiénes son los afiliados al dicho sistema; el 34 consagra el derecho a las prestaciones; el 49 establece que, en caso de muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales, como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y sus

reglamentos; pero esa norma nada dice sobre la responsabilidad por culpa patronal en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional. El artículo 50 se limita a fijar el monto de la pensión de sobrevivientes y el 53 a precisar las condiciones de la devolución de saldos y de la indemnización sustitutiva cuando ocurre la muerte del asegurado. El artículo 78 dice que el Instituto de Seguros Sociales continuará administrando los riesgos profesionales de conformidad con sus reglamentos, lo cual no le da la razón a la sociedad recurrente. Pero sí conviene precisar que la tesis de los opositores sobre esta norma no es acertada, puesto que ella no remite a los reglamentos anteriores de una manera incondicional sino subordinada a lo dispuesto en el decreto 1265 que se estudia, puesto que la norma dice que los reglamentos del Seguro Social ‘... deberán ajustarse a lo dispuesto en este decreto (...)’. Y el 97 fija la vigencia del sistema general de riesgos profesionales.

“Como ninguna de las normas acusadas, puestas en relación con el artículo 216 del CST, permite concluir que haya variado el sistema legal que informó la jurisprudencia de la Corte, la conclusión es que sigue vigente la interpretación que allí se consignó”.

Siguiendo las directrices anteriores resulta evidente el error cometido por el Juez de instancia, pues las entidades de seguridad social no asumen las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo derivado de la culpa suficientemente comprobada del empleador, pues es a éste a quien le atañe esa carga por mandato del artículo 26 del C.S.T. En consecuencia, por el solo hecho que el demandante reciba una pensión de vejez derivada del Sistema General de Seguridad Social no impide que acuda ante el Juez de trabajo para reclamar la indemnización prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, pues como se mencionó tal reparación deviene de una responsabilidad subjetiva atribuida al empleador, y que para el caso de marras quedó ampliamente demostrada.

Ahora, es de rememorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que el lucro cesante se divide en pasado o consolidado, y el futuro; el primero de ellos, se liquida entre la fecha de la

terminación del vínculo laboral y la de la sentencia y el segundo, el generado entre esta última y la vida probable de la víctima. A cita de ejemplo véase la sentencia **SL2694-2023** en la que expuso lo siguiente:

“En este sentido, esta corporación como bien lo recordó el Tribunal, los ha clasificado en pasado o consolidado, y futuro; **el primero de ellos, se liquida entre la fecha de la terminación del vínculo laboral y la de la sentencia y, el segundo, el generado entre esta última y la vida probable de la víctima. Así lo tiene precisado la Corte, desde la sentencia CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656, cuando sobre el particular señaló:**

En cuanto tiene que ver con el *‘lucro cesante’*, habrá de distinguirse el *“pasado”*, esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente –10 de octubre de 1996-- a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del *‘lucro cesante futuro’*, es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador[...].

Importa precisar también que, cuando el trabajador sobrevive al accidente y la relación laboral continúa vigente hasta la fecha del fallo, el lucro cesante pasado no se reconoce, ya que el empleador no incumplió con su obligación laboral o de seguridad social (CSJ SL, 24 jun. 2005, rad. 23643); diferente es en el caso del fallecimiento del trabajador, debido que su muerte produce la terminación del vínculo laboral y en consecuencia automáticamente se genera el citado lucro cesante pasado, el que debe calcularse, se insistió, hasta la fecha de la sentencia (CSJ SL, jul. 4 de 2006, rad. 27501).

En este orden, a partir de la línea de pensamiento fijada en tales providencias, la Corte adoptó la fórmula de liquidación del lucro cesante adoptada por la Sala de Casación Civil. Así lo precisó en la sentencia CSJ SL, 24 jun. 2005, rad. 23643, reiterada en las decisiones CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656, CSJ SL, 24 ago. 2011, rad. 40135 y CSJ SL5619-2016, esta última que le sirvió de apoyo a la colegiatura, en la que se recordó lo siguiente:

En cuanto tiene que ver con el *‘lucro cesante’*, habrá de distinguirse el *“pasado”*, esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente –10 de octubre de 1996-- a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la

empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del 'lucro cesante futuro', es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula, el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo; y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio --atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y reducida aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital, atendiendo de paso el criterio propuesto por la moderna doctrina, de la siguiente forma:

"Lucro cesante pasado:

$$VA = LCM \times S_n$$

"Donde:

"VA = valor actual del lucro cesante pasado total más intereses puros lucrativos"

"LCM = lucro cesante mensual actualizado"

$$(1 + i)^{n-1}$$

$$S_n = \frac{i}{i}$$

"Siendo:

"n = Número de meses a liquidar"

"i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)"

"Lucro cesante futuro:

$$VA = LCM \times A_n$$

"Donde:

"VA = valor actual del lucro cesante futuro"

"LCM = lucro cesante mensual"

$$(1 + i)^{n-1}$$

$$A_n = \frac{i}{i(1+i)^n}$$

"Siendo:

"n = Número de meses de incapacidad futura"

"i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)"

“Importa señalar que, en este caso, a diferencia de la considerado en otras oportunidades, entre ellas la citada por la Corte en la sentencia atrás reseñada, el porcentaje de la merma de la capacidad laboral del trabajador sí se debe tener en cuenta a efectos de calcular el lucro cesante pasado y, en consecuencia, el futuro, por no aparecer prueba en el expediente de que, con independencia del mismo, el actor quedara impedido para desempeñar su oficio, pues, al contrario, como se anotó, lo ejerció hasta el 7 de mayo de 1998 cuando se terminó la relación laboral.”(negrillas nuestras).

En lo que refiere al lucro cesante consolidado teniendo en cuenta que el demandante Carlos Alfonso Cuervo Ortiz continuó vinculado con la expresada demandada con posterioridad al accidente, tal y como fue aceptado por las partes, sin que el plenario obre prueba en sentido contrario, es claro que el trabajador demandante no ha sufrido perjuicio material, por el contrario como fuere aceptado por la parte actora los salarios desde el año 2016 hasta el 2020 aumentaron, es decir no existe detrimento alguno a resarcir que viabilice la condena a partir de la fecha del accidente, sobre este particular ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en sentencia dictada el 13 de marzo de 2019 dentro del radicado No.61560 con ponencia del Mg. Gerardo Botero Zuluaga en la que se dejó dicho:

“Respecto del **lucro cesante**, debe señalarse que no hay lugar a imponer condena por este concepto, al no encontrarse acreditada su causación, ello teniendo en cuenta que estos corresponden a lo que la trabajadora dejó de recibir en razón de la ocurrencia del daño en virtud de la terminación del contrato de trabajo, lo que en este caso no ocurrió, por cuanto, como se sostiene en el informativo y no fue objeto de controversia, la actora continuó laborando al servicio de la pasiva, y fue reubicada en otro puesto en el área administrativa.”

Criterio este que fue reiterado posteriormente por la misma Corporación en sentencia dictada el 3 de julio de 2019 dentro del radicado No.61454 con ponencia del mismo Magistrado aludido, en la que la que el Órgano de cierre de Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral apuntaló:

“De igual forma, se ha sostenido por parte de esta Sala, que en tratándose de lucro cesante, debe distinguirse el pasado o consolidado y el futuro. El primero es el que se genera desde la ruptura o terminación del vínculo contractual y hasta la fecha de proferirse la sentencia; y por el segundo, debe entenderse aquel que se ocasiona desde la calendaen que se emite la providencia y hasta el cumplimiento de la edad, conforme a la expectativa de vida probable del trabajador; así se sostuvo en la sentencia CSJ SL.18360- 2017, en la que se dijo: *«En torno al lucro cesante, debe entenderse el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el cual comprende el lucro cesante pasado y el futuro, **siendo el primero el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo, es decir, el 23 de septiembre de 1998, hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del actor**»* (Negritas fuera de Texto original).

Para su tasación se debe tomar como punto de partida el salario percibido por el actor, a la fecha del finiquito laboral, calculándose con base en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que el trabajador deja de percibir, ello conforme a las fórmulas aritméticas que esta Sala ha tomado para efectuar las liquidaciones correspondientes por estos conceptos.

Descendiendo al caso bajo examen, se tiene que el señor Villadiego Gómez continuó laborando al servicio de la llamada a juicio y recibiendo su correspondiente salario, prestaciones sociales y extralegales, incluso hasta fecha posterior de habersele reconocido la pensión de invalidez, y que según el informativo para septiembre de 2010, aun su contrato continuaba vigente, aspectos establecidos por el juez colegiado, y sobre los que no existe controversia.

En ese orden, y conforme a lo dicho con anterioridad, no se evidencia la causación de lucro cesante consolidado y futuro, en la medida en que, pese a la pérdida de capacidad laboral generada por el accidente laboral sufrido por el accionante, no hubo disminución o mengua en sus ingresos que permita evidenciar la generación de perjuicios de esta naturaleza, ello en razón, se reitera, a que su contrato laboral con la aquí enjuiciada continuó vigente y por ende, percibiendo su asignación mensual y demás derechos prestacionales, sin que se tenga certeza de cuando ocurrió el finiquito del mismo, pues como quedó plasmado en el fallo fustigado, para la calenda en que este se profirió, continuaba laborando y devengando su salario.”

Por modo, que como el lucro cesante hace referencia al dinero que dejó de percibir el trabajador por la ocurrencia del daño y comprende tanto el del pasado como el futuro. El primero, se causa desde la terminación del contrato, que en el caso corresponde al 18 de marzo de 2020, según fue indiscutido en el proceso, dado que desde la misma dejó de percibir salarios, hasta la fecha de esta sentencia. El segundo, se produce desde el día en que se profiera el fallo, hasta la expectativa de vida probable del señor Cuervo Ortiz.

Por tanto, con observancia en la fórmula descrita en las providencias CSJ SL887-2013, CSJ SL7459-2017, CSJ SL4913-2018 y SL4223-2022, para efectos de liquidación del **lucro cesante consolidado**, importa resaltar que comprende la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que pudiendo percibirse, no se logra por causa de la lesión. Por manera que, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicados No. 35261 del 2010 y 39446 de 2012), el mismo se ha calcular desde la fecha de terminación del contrato laboral (18 de marzo de 2020) hasta la fecha en que se profiera esta sentencia (31 de enero de 2024) actualizando a valor presente el salario devengado que corresponde a la suma de \$1.300.000, arrojando la suma de \$250.000, como lucro cesante mensual. Así las cosas, al **aplicar el correspondiente interés anual** se obtiene un lucro cesante consolidado de **\$12.891.560**, con base en 46 meses transcurridos entre la terminación del contrato y la fecha en que se profiere la presente sentencia.

En punto a calcular el lucro cesante futuro debe partirse de la operación de multiplicar el monto indemnizable actualizado con deducción de réditos por anticipo de capital (6% anual o 0.5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la aludida fórmula que al efecto establece la jurisprudencia en cita, con base en la expectativa de vida del actor según la Resolución No. 1555 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia (tablas de Mortalidad). Así, teniendo en cuenta que por haber nacido el 16 de noviembre de 1954 (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 11), su expectativa es de 10.6, lo que equivale 127.2 meses, **y que, al aplicar el correspondiente interés anual**, arrojan un valor por pagar de **\$23.667.175**.

CULPA PATRONAL: FÓRMULAS PARA TASAR PERJUICIOS				
Fecha de cálculos		31-ene-24		
A.- Lucro Cesante Consolidado				
Genero	=	hombre		
Fecha de Nacimiento	=	16-nov-54		
Salario devengado		877.802		
Salario actualizado a la fecha	=	\$ 1.300.000		
PCL 19,22%				
Lucro Cesante Mensual	=	\$ 1.300.000		
Lucro Cesante Consolidado		\$ 250.000		
N° de Meses desde el retiro hasta hoy	=	46		
Tasa de Interés Anual	=	6%		
Tasa de Interés Mensual	=	0,4867%		
VA	=	LCM	X	Sn
Reemplazando en la formula				
	LCM	=	\$ 250.000,00	
	Sn	=	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$	
	Sn	=	0,2510	
			0,004867	
	Sn	=	51,57	
Valor a pagar por Lucro Cesante Consolidado =				\$ 12.891.560
B.- Lucro Cesante Futuro:				
Edad a la fecha de Hoy (en años)	=	69,00		
Esperanza de vida	=	79,6 *		
En N° de Meses	=	127		
Tasa de Interés Anual	=	6%		
Tasa de Interés Mensual	=	0,4867%		
VA	=	LCM	X	An
Reemplazando en la formula				
	LCM	=	\$ 250.000	
	An	=	$\frac{(1+i)^n-1}{i(1+i)^n}$	
	An	=	0,8544	
			0,0090	
	An	=	94,6687	
Valor a pagar por Lucro Cesante Futuro =				\$ 23.667.175
C.- Valor total				\$ 36.558.735

* Según tabla de mortalidad Resolucion Numero 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia

Efectuada la respectiva liquidación, se condenará a la demandada al pago de lucro cesante consolidado por la siguiente suma DOCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS (\$12.891.560). Y por lucro cesante futuro la suma de VEINTITRÉS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS (\$23.667.175).

Ahora bien, frente al reparo efectuado por la pasiva en lo relativo a la **tasación de los perjuicios morales**. Debe señalarse, que el resarcimiento de este año en específico no busca obtener una mitigación exacta, pues repara el menoscabo causado en la esfera íntima del ser humano por contingencias como la que es origen del debate, por manera que para su cuantificación se aduce al arbitrio judicial. Véase la sentencia SL 4794-2018), el cual debe fincarse en las circunstancias particulares que rodeen el asunto a resolver.

Al margen de lo anterior, de tiempo atrás tiene adocinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en materia de perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo, es posible en principio presumirlos, a menos que el daño sea invocado por personas ajenas al núcleo familiar del accidentado, a quienes sí les asiste el deber de demostrarlos; igualmente ha sostenido que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor (SL1911-2019, SL4665-2018, SL32720 de 2008, entre otras).

Bajo el anterior norte, no se equivocó el juez de instancia al concluir que el demandante padeció un daño moral objetivado y subjetivado a raíz del accidente, pues sufrió un aplastamiento que le ocasionó *“fractura de la epífisis superior del humero, fractura del pubis y traumatismo del nervio axilar”*. Y de ahí que, con base en los diagnósticos referidos, que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó la pérdida de su capacidad laboral en un 19.22%, compuesta por un 9.42% de deficiencia, entendida como la *«alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona [...]»*⁷, y un 9.80 % en la valoración del *«Rol Laboral »*, lo que se tradujo en dificultades en el aspecto ocupacional, y movilidad.

⁷ Artículo 3 del Decreto 1507 de 2014, vigente para la fecha de la calificación de PCL.

En consecuencia, como la tasación de los perjuicios morales está sujeta al arbitrio judicial, dado que no es posible tarifar el dolor, la decepción, la tristeza, la impotencia y demás componentes propios del fuero interno del individuo, se deja al prudente arbitrio judicial la tasación del valor que produce la afectación permanente en su salud. En este caso, la suma ordenada por el Juez de instancia se encuentra dentro de los topes fijados por la jurisprudencia patria. (CSJ SL4665-2018 y 5154-2020).

Por último, procede la Sala a resolver la objeción de la parte demandante, en lo concerniente a que señala que el monto establecido por costas procesales es inferior al que considera debe tasarse.

El artículo 366 del CPC establece que *“para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura”* las cuales se encuentran determinadas en el acuerdo 1887 de 2003 el que se encarga de fijar los parámetros a tener en cuenta por las instancias a efectos de establecer las agencias en derecho, en donde la única obligación legal del Cognoscente, es la de mantenerse dentro de los topes establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y el artículo 365 del C.G.P, sin que pueda alterarse su naturaleza discrecional.

Aunado a lo anterior, esta Sala no entrará a estudiar el monto de las agencias en derecho fijadas, toda vez que no es la oportunidad procesal para tal efecto, siendo que el juzgado de conocimiento una vez se encuentre en firme la decisión, deberá liquidar las agencias en derecho, las cuales solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, indicando los criterios en que fundamentan su petición, tales como la naturaleza del proceso, la calidad y duración útil de la gestión ejecutada por las partes, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, tal como lo contempla el artículo 3 del acuerdo 1887 de 2003 y el numeral 4 del artículo 366 del CGP.

El auto que apruebe la liquidación de las costas respecto a las agencias en derecho, es apelable, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 366 CGP, momento en el cual esta Sala tendrá la competencia para efectuar un pronunciamiento de fondo. En ese sentido, no procede el reproche de la parte actora.

En consecuencia, se revocará el ordinal quinto de la sentencia para en su lugar condenar a la demandada SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA S.C.A., a pagar a favor del demandante señor CUERVO ORTIZ la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS (\$12.891.560) por lucro cesante consolidado, y la suma de CINCUENTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO TRECE PESOS (\$50.869.113) por lucro cesante futuro.

En esta instancia, se condena en costas de esta instancia a la demandada vencida en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho 1 SMLMV a favor del demandante conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

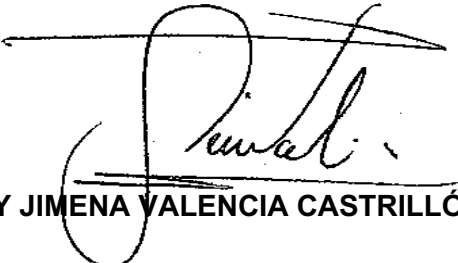
PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO de la Sentencia del 16 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada SOCIEDAD COMERCIAL EL ARROZAL Y CIA S.C.A., a pagar a favor del demandante señor CARLOS ALFONSO CUERVO ORTIZ la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS (\$12.891.560) por lucro cesante consolidado y la suma de VEINTITRÉS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS (\$23.667.175) por lucro cesante futuro.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Salva voto parcial



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ