

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2022 00095 01.

Demandante: GEORGINA TUAY DE VARGAS

Demandado: COLPENSIONES

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala estudia el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de julio de 2023, en proceso ordinario laboral que **GEORGINA TUAY DE VARGAS** adelanta contra **COLPENSIONES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende la reliquidación de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 84% con fundamento en las 1.154 semanas cotizadas, sobre un ingreso base de liquidación calculado con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años, atendiendo lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, con efectos fiscales a partir del 21 de septiembre de 2002.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene el pago de las diferencias pensionales, la indexación y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes **hechos**:

1) Nació el 06 de agosto de 1947; **2)** Mediante Resolución No. 000502 del 28 de enero del 2004, el ISS le reconoció una pensión de jubilación por aportes, en cuantía inicial de \$977.288, efectiva a partir del 21 de septiembre de 2002; **3)** A través de la Resolución No. 001302 del 22 de agosto del 2006, el ISS ordenó la reliquidación de la pensión, determinando la cuantía de la misma en la suma de \$857.770, efectiva a partir del 21 de septiembre de 2002; **4)** El reconocimiento y reliquidación de la pensión se efectuó en los términos de la Ley 71 de 1988 con un ingreso base de liquidación calculado con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años de aportes y aplicando una tasa de reemplazo del 75%; **5)** Estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, desde el 08 de febrero de 1982 al 20 de septiembre de 2002, de forma ininterrumpida, acumulando un total de 7.100 días correspondientes a 1.014,28 semanas, como lo estableció la Resolución No. 001302 del 22 de agosto de 2006; **6)** Laboró en calidad de servidor público en entidades como Educación Nacional Contratada Casanare y el Municipio de Zipaquirá, un total de 978 días, correspondientes a 139.71 semanas; **7)** Acumuló un total de 1.153,99 semanas de cotizaciones al sistema de pensiones, aportes realizados en calidad de trabajador dependiente de empleador privado y como servidora pública; **8)** Es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios; **9)** El 15 de marzo del 2021, elevó reclamación ante Colpensiones, solicitando la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 84%; **10)** Tal solicitud fue resuelta a través de Resolución SUB 122914 del 25 de mayo del 2021, en la que se ordenó la reliquidación en los términos solicitados, elevando la cuantía de la prestación a la suma de \$1.801.275 para el año 2018, determinada con una tasa de reemplazo del 75%, sobre un IBL de \$2.401.700 de ese mismo año; **11)** Su situación debe analizarse a la luz del marco jurídico contenido en el Acuerdo 049 de 1990, el cual le resulta más favorable, aplicando una tasa de reemplazo del 84% sobre un IBL calculado con el promedio e las cotizaciones realizadas durante los últimos 10 años; **12)** Conforme la Resolución SUB 122914 del 25 de mayo del 2021, se determinó que el IBL para el año 2002 corresponde a la suma de \$1.154.149.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo 15 y carpeta 14), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó, en síntesis, que no es procedente la reliquidación solicitada, pues la demandante actualmente disfruta de una pensión bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, tal y como lo señala la Resolución SUB 122914 del 25 de mayo del 2021, la cual se encuentra ajustada a la ley, adicionalmente, expuso que, a la actora, no le asiste el derecho a que se le aplique una tasa de reemplazo del 85% por contar con 1.146 semanas cotizadas, pues el Decreto 758 de 1990 sólo permite validar tiempos exclusivamente cotizados al ISS, los cuales, conforme la historia laboral de la actora solo ascendieron a 1.006,29 semanas, no siendo posible contabilizar los tiempos aportados al sector público.

Adicionalmente, manifestó que, a la demandante no le aplica la acumulación de tiempos públicos que ha permitido la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 1947 del 2020 y la Corte Constitucional en sentencia SU-769 de 2014, pues las mismas solo operan para reconocimientos en virtud de amparar el derecho a la seguridad social de quienes se pueden ver afectados si no se acumulan los tiempos públicos y privados privándose de acceder a una pensión de vejez bajo ningún régimen pensional, que no es el caso de la accionante, quien ya cuenta con una prestación reconocida.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que la señora GEORGINA TUAY DE VARGAS tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, conforme lo reglado en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta los periodos cotizados directamente al otrora ISS hoy Colpensiones y los tiempos públicos laborados.

SEGUNDO: DECLARAR que la primera mesada pensional de la demandante asciende a la suma de \$ 1.163.758 para el 14 de septiembre de 2002, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la COLPENSIONES a reliquidar y pagar las diferencias que emerjan entre las mesadas pensionales concedidas y las que en derecho le corresponde a la demandante a partir del 15 de marzo del 2018, teniendo como monto de la mesada pensional para dicha calenda la cuantía de \$2.034.260 y cancelar a título de retroactivo pensional desde el 16 de marzo del 2018 y por lo menos a 30 de julio del 2023 la suma de \$20.017.251.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de intereses moratorios sobre la tasa máxima de dicho interés al momento de su pago a partir de 15 de marzo del 2021 y por lo menos hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional y se orden el reajuste de las mesadas pensionales en los términos aquí dispuestos.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de las diferencias en las mesadas pensionales, causadas con antelación al 16 de marzo del 2018.

SEXTO: COSTAS a cargo de Colpensiones liquídense como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

SÉPTIMO: Remítase en el grado jurisdiccional de consulta establecido en el artículo 69 del CPT SS.

Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que no fue objeto de debate que la demandante tiene la calidad de pensionada y que es beneficiaria del régimen de transición, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Expuso que, si bien durante varios años la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estableció que, para efectos del cómputo de la pensiones con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 solo era viable tener en cuenta las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, a partir de la sentencia SL 1981 de 2020, dicho criterio fue modificado, precisando que, para el cómputo de la pensión bajo

los parámetros de la norma en mención, a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es viable tener en cuenta tanto los periodos de afiliación con el ISS- Colpensiones como los tiempos públicos y los aportes realizados a otras cajas, razón por la que, resulta viable tener en cuenta para el cálculo de la prestación deprecada, las semanas cotizadas por la demandante a Colpensiones y los aportes con los que contaba en la UGPP, que suman un total de 1.154 semanas cotizadas.

Manifestó que, la demandante arribó a los 55 años de edad el 06 de agosto del 2002, fecha para la cual contaba con más de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo, pero se retiró del sistema hasta el 13 de septiembre de 2002, por lo que es a partir del 14 del mismo mes y año que debe reconocerse la pensión; que, realizadas las operaciones aritméticas pertinentes, teniendo en cuenta que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a la demandante le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional, el IBL fue calculado conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la norma en cita, arrojando la suma de \$1.163.758, al cual, se le aplicó una tasa de reemplazo del 84%, calculada conforme lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, arrojando así, como mesada pensional para el año 2002 la suma de \$977.557.

Indicó que, la reclamación primigenia de la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los tiempos públicos y los cotizados al ISS, fue elevada por la actora el 15 de marzo del 2021 y la demanda fue radicada el 22 de febrero del 2022, con lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con antelación al 15 de marzo del 2018.

Finalizó precisando que, para la data en la que la actora elevó la reclamación ante Colpensiones, la posición jurisprudencial que permite tener en cuenta tiempos públicos y privados para calcular la mesada pensional con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 ya se encontraba en vigor, por lo que encontró viable fulminar condena por concepto de intereses moratorios.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2022 00095 01.

Demandante: GEORGINA TUAY DE VARGAS

Demandado: COLPENSIONES

se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por la demandante, computando para ello todos los tiempos de servicio cotizados, tanto públicos como cotizados al ISS?, en caso de ser así, ¿Cuál es el IBL y tasa de reemplazo a aplicar? Y, finalmente, ¿hay lugar a reconocer los intereses moratorios?

Tesis

Modificar parcialmente la decisión de primer grado.

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

3.1. Del régimen de transición.

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

Ahora bien, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establecía los requisitos que debían cumplir los afiliados para pensionarse bajo dicha norma, la cual establece:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

En cuanto al ingreso base de liquidación o I.B.L., conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en antecedencia citado, se tiene que este no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

3.2. De la reliquidación de la pensión de vejez.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del órgano de cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Ver CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018).

No obstante, dicha postura fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ SL1947-2020 rad. 70918, reiterada en la CJ SL1981-2020, expuso lo siguiente:

“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.

[...] 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.

[...] 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*.” (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la **reliquidación** de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

“Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“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 (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”. (Negrillas por la Sala).

3.3. Del caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, no es objeto de discusión dentro del presente asunto que:

1. La demandante nació el 06 de agosto de 1947, como da cuenta la copia de su documento de identidad (fl. 4 archivo 03);
2. Laboró en Educación Contratada Casanare del 27 de enero de 1973 al 31 de diciembre de 1974, esto es un total de 694 días, efectuando cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social (archivo GENCSAF12016_1374708320190321075048.pdf carpeta 14);
3. Laboró para el Municipio de Zipaquirá del 06 de abril de 1981 al 19 de enero de 1982, un total de 284 días, efectuando aportes a la Caja de Previsión Social de Zipaquirá – Caprezipa (archivo GENCSAF12016_1374708320190321075121.pdf carpeta 14);
4. Cotizó al ISS hoy Colpensiones, un total de 1.002,14 semanas, como da cuenta la historia laboral actualizada al 16 de mayo de 2022 (archivo GRPSCHHL66554443332211_226520220516103015.pdf carpeta 14);
5. Mediante Resolución No. 000502 del 28 de enero del 2004, proferida por el extinto Instituto de Seguro Social, le fue reconocida la pensión de jubilación por aportes – Ley 33 de 1985 - a partir del 01 de marzo del 2004 en cuantía de \$977.288, teniendo en cuenta un IBL de \$1.303.051 y aplicando una tasa de reemplazo del 75% (archivo GRFAATPJ2016_1374708220161125011457.pdf carpeta 14);
6. A través de Resolución No. 001302 del 22 de agosto del 2006, el otrora Instituto de Seguros Sociales, modificó la Resolución No. 00502 del 28 de enero del 2004, para variar la fecha de causación de la prestación al 21 de septiembre de 2002, aplicando un IBL de \$1.143.693 y una tasa de reemplazo del 75%, que arrojó la suma de \$857.770 para el año 2002 (fls. 5 a 8 archivo 03 y archivo GENREQIN2021_300472620210524090147.pdf carpeta 14);
7. Mediante petición elevada ante Colpensiones el 15 de marzo del 2021, la demandante solicitó la reliquidación de su pensión (fls. 9 a 12 archivo 03);
8. Mediante Resolución SUB 122914 del 25 de mayo del 2021, se dispuso la reliquidación de la pensión de la actora, bajo los

parámetros del Decreto 758 de 1990, por favorabilidad, teniendo como IBL la suma de \$1.154.149 y una tasa de reemplazo del 75%, prestación a cargo de Colpensiones, con fecha de estatus del 06 de agosto del 2002 y cuyo disfrute se estableció desde el 15 de marzo del 2018, en cuantía de \$1.801.275 (fls. 14 a 20 archivo 03 y GRFAATRP2021_300472620210525105754.pdf carpeta 14).

En el caso bajo estudio, se tiene que, atendiendo lo dispuesto en la Resolución SUB 122914 del 25 de mayo de 2021, a la demandante le fue reliquidada la prestación pensional bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, al serle más favorable, teniendo en cuenta para ello un IBL de \$1.154.149 y una tasa de reemplazo del 75%, no obstante, la parte demandante aspira a la reliquidación de la pensión atendiendo la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados de cotización y un IBL y tasa de reemplazo superior.

Pues bien, se itera, no existe discusión sobre la condición de beneficiaria del régimen de transición de la accionante, por lo que, para efectos de determinar el IBL sobre el cual ha de calcularse la prestación, ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en sus incisos 2 y 3, que disponen:

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)

Ahora, tal y como acertadamente lo concluyó la *a quo*, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, a la demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, al haberse causado este en el año 2002, por lo que el IBL corresponderá al promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello causar la pensión o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

Así las cosas, al efectuar las operaciones matemáticas del caso, con ayuda del grupo liquidador¹, se tiene que el **IBL** más favorable a la demandante es el del tiempo que le faltaba para causar la prestación, el cual corresponde a la suma de **\$1.162.456,53**, el cual resulta ligeramente inferior al calculado en primera instancia.

Dicho lo anterior, a efectos de establecer la tasa de reemplazo a aplicar, siguiendo el nuevo criterio del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, resulta posible la reliquidación de la pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta todos los períodos y tiempos de servicios cotizados a otras cajas de previsión, con lo que, aplicando lo dispuesto en el artículo 20 de la mentada norma la cuantía básica de la pensión de vejez era del 45%, la cual se incrementaría en un 3% por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Así, se tiene que la señora Georgina Tuay de Vargas acreditó **99.14 semanas** cotizadas a Cajanal², **40.57 semanas** a Caprezipa³ y **1.002,14 semanas** al ISS hoy Colpensiones⁴, para un **total de 1.141,85 semanas** cotizadas, por lo que, conforme a la norma en cita, la demandante acredita 641.85 semanas adicionales a las primeras 500, con lo que al aumentar el 3% por cada 50 semanas cotizadas, se tiene que la **tasa de reemplazo** aplicable para calcular la prestación de la actora, corresponde al **81%**.

Así las cosas, al aplicar la tasa de reemplazo del 81% al IBL calculado de \$1.162.456,53, se tiene que la **mesada pensional** de la actora para el año

¹ Las cuales se anexan a la presente sentencia y son parte integral de la misma.

² Archivo GENCSAF12016_1374708320190321075048.pdf carpeta 14.

³ Archivo GENCSAF12016_1374708320190321075121.pdf carpeta 14

⁴ Archivo GRPSCHHL66554443332211_226520220516103015.pdf carpeta 14

2002, corresponde a la suma de **\$941.589,79**, data a partir de la cual, adquirió el estatus pensional, suma que resulta distinta a la reconocida y pagada por Colpensiones, con lo que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las diferencias resultantes entre la mesada aquí calculada y la efectivamente cancelada por la demandada y en tal sentido se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia de primera instancia, para establecer dicho monto como mesada pensional para el año 2002.

Ahora bien, atendiendo la excepción de prescripción formulada por la encartada, debe recordarse que el artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario, encontramos que la demandante solicitó la reliquidación de su pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con un IBL calculado con el tiempo faltante para adquirir el derecho a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 84%, el día 15 de marzo del 2021 (fls. 9 a 12 archivo 03), petición que fue resuelta mediante Resolución SUB 122914 del 25 de mayo del 2021⁵, y la demanda fue presentada el 22 de febrero del 2022 (archivo 02), con lo que resulta claro que, aquellas diferencias pensionales causadas con anterioridad al 15 de marzo del 2018 se encuentran prescritas, tal y como lo señalara el fallo de primer grado.

Así las cosas, las diferencias pensionales calculadas desde el 15 de marzo del 2018 hasta el 29 de febrero del 2024, corresponden a la suma de **\$14.758.019,5**.

Es por lo anterior, que ha de **MODIFICARSE el numeral tercero** del fallo consultado para establecer como monto de la **mesada pensional** de la demandante para el año **2018**, la suma de **\$1.959.378** y como **retroactivo** pensional a pagar, la suma de **\$14.758.019,5**, calculada **desde el 15 de marzo del 2018 hasta el 29 de febrero del 2024**, autorizando los respectivos descuentos por concepto de seguridad social en salud.

⁵ Folios 14 a 20 archivo 03 y GRFAATRP2021_300472620210525105754.pdf carpeta 14

En cuanto al tema de los intereses moratorios, debe señalarse que, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que estos resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

“Al respecto, conviene recordar que esta Sala ha defendido la tesis de que los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones. Así, desde la sentencia CSJ SL, 28, nov. 2002, rad. 18273, reiterada en CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19424, CSJ SL, 19 feb. 2004, rad. 20951, CSJ SL, 9 sep. 2005, rad. 24257, CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 30602, CSJ SL, 11 mar. 2008, rad. 32043, CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 36022, CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 50681, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 40387, CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 39662, SL1851-2014, SL13649-2015, SL4959-2016, SL12962-2017, SL4404-2018, entre otras, esta Corporación sostuvo:

“[...] para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos”.

Por otra parte, la misma Corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su

desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

De igual manera, en la sentencia SL3130-2020 se sentó un nuevo criterio frente a la procedencia de los intereses moratorios cuando se está frente a un reajuste o reliquidación pensional, señalados que *“inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”*

En el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, no obstante, tal supuesto no ocurre en el caso bajo estudio, puesto que la reclamación data del 15 de marzo del 2021 y el cambio jurisprudencial se presentó con la sentencia SL1947-2020 que data del 01 de julio de 2020.

De conformidad con lo dicho, se considera que hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios, los que conforme a las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de cuatro meses de que trata el artículo 9º de la Ley 797 del 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Por tanto, y dado que la reclamación data del 15 de marzo del 2021, habrá lugar a intereses moratorios a partir del 15 de julio del mismo año, sobre las diferencias que surjan de las mesadas reconocidas y las mesadas reajustadas desde su causación hasta cuando se haga efectivo su pago, por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2022 00095 01.

Demandante: GEORGINA TUAY DE VARGAS

Demandado: COLPENSIONES

lo que se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia de primer grado, para establecer el pago de este concepto, en los términos ya señalados.

Finalmente, se aclara que no hay lugar a indexación, pues la actualización dineraria se encuentra inmersa dentro de los intereses moratorios.

En todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia consultada.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR la sentencia de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos, así:

- 1.1. El numeral segundo, para establecer como monto de la mesada pensional de la señora Georgina Tuay de Vargas, para el año 2002, la suma de \$941.589,79.
- 1.2. El numeral tercero, para establecer como monto de la mesada pensional de la demandante para el año 2018, la suma de \$1.959.378 y como retroactivo pensional a pagar, la suma de \$14.758.019,5, calculada desde el 15 de marzo del 2018 hasta el 29 de febrero del 2024, autorizando los respectivos descuentos por concepto de seguridad social en salud.
- 1.3. El numeral cuarto, para ordenar el pago de los intereses moratorios a partir del 15 de julio del año 2021, sobre las diferencias que surjan de las mesadas reconocidas y las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2022 00095 01.

Demandante: GEORGINA TUAY DE VARGAS

Demandado: COLPENSIONES

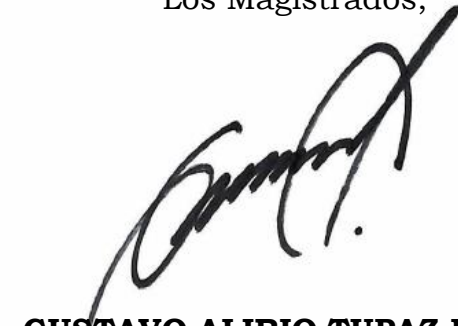
mesadas reajustadas desde su causación hasta cuando se haga efectivo su pago.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás sentencia de primera instancia, conforme los argumentos aquí expuestos.

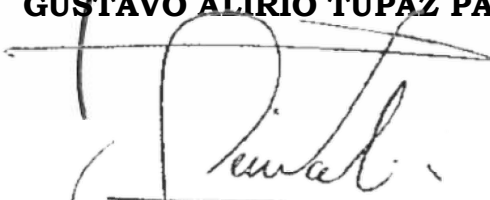
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSI



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -			
MAGISTRADO: DR. GUSTAVO TUPAZ			
RADICADO: 11001310503620229501			
DEMANDANTE :			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante toda la vida y el tiempo que le hiciera falta actualizado a 2002, aplicando el 81% para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 1982							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	0	-	-	\$ 0,00		
08/02/82	28/02/82	21	7.470,00	249,00	\$ 5.229,00		
01/03/82	31/03/82	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/04/82	30/04/82	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/05/82	31/05/82	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/06/82	30/06/82	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/07/82	31/07/82	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/08/82	31/08/82	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
Total días		205			\$ 51.045,00	\$ 249,00	\$ 7.470,00
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
05/08/83	31/08/83	27	9.480,00	316,00	\$ 8.532,00		
01/09/83	30/09/83	30	9.480,00	316,00	\$ 9.480,00		
01/10/83	31/10/83	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/11/83	30/11/83	30	9.480,00	316,00	\$ 9.480,00		
01/12/83	31/12/83	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
Total días		149			\$ 47.084,00	\$ 316,00	\$ 9.480,00
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/02/84	29/02/84	29	11.850,00	395,00	\$ 11.455,00		
01/03/84	31/03/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/04/84	30/04/84	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/05/84	31/05/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/06/84	30/06/84	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/07/84	31/07/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/08/84	31/08/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/09/84	30/09/84	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/10/84	31/10/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
01/11/84	30/11/84	30	11.850,00	395,00	\$ 11.850,00		
01/12/84	31/12/84	31	11.850,00	395,00	\$ 12.245,00		
Total días		366			\$ 144.570,00	\$ 395,00	\$ 11.850,00
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/02/85	28/02/85	28	14.610,00	487,00	\$ 13.636,00		
21/03/85	31/03/85	11	14.610,00	487,00	\$ 5.357,00		
01/04/85	30/04/85	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/05/85	31/05/85	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/06/85	30/06/85	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/07/85	31/07/85	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/08/85	31/08/85	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/09/85	30/09/85	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/10/85	31/10/85	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
01/11/85	30/11/85	30	14.610,00	487,00	\$ 14.610,00		
01/12/85	31/12/85	31	14.610,00	487,00	\$ 15.097,00		
Total días		345			\$ 168.015,00	\$ 487,00	\$ 14.610,00
Año 1986							



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	29.220,00	974,00	\$ 30.194,00		
01/02/86	28/02/86	28	29.220,00	974,00	\$ 27.272,00		
01/03/86	31/03/86	31	29.220,00	974,00	\$ 30.194,00		
01/04/86	30/04/86	30	36.030,00	1.201,00	\$ 36.030,00		
01/05/86	31/05/86	31	36.030,00	1.201,00	\$ 37.231,00		
01/06/86	30/06/86	30	36.030,00	1.201,00	\$ 36.030,00		
01/07/86	31/07/86	31	36.030,00	1.201,00	\$ 37.231,00		
01/08/86	31/08/86	31	36.030,00	1.201,00	\$ 37.231,00		
01/09/86	30/09/86	30	36.030,00	1.201,00	\$ 36.030,00		
01/10/86	31/10/86	31	36.030,00	1.201,00	\$ 37.231,00		
01/11/86	30/11/86	30	36.030,00	1.201,00	\$ 36.030,00		
01/12/86	31/12/86	31	36.030,00	1.201,00	\$ 37.231,00		
Total días		365			\$ 417.935,00	\$ 1.145,03	\$ 34.350,82
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	42.840,00	1.428,00	\$ 44.268,00		
01/02/87	28/02/87	28	42.840,00	1.428,00	\$ 39.984,00		
01/03/87	31/03/87	31	42.840,00	1.428,00	\$ 44.268,00		
01/04/87	30/04/87	30	42.840,00	1.428,00	\$ 42.840,00		
01/05/87	31/05/87	31	51.570,00	1.719,00	\$ 53.289,00		
01/06/87	30/06/87	30	31.578,00	1.052,60	\$ 31.578,00		
01/07/87	31/07/87	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/08/87	31/08/87	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/09/87	30/09/87	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/10/87	31/10/87	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/11/87	30/11/87	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/12/87	31/12/87	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
Total días		365			\$ 441.147,00	\$ 1.208,62	\$ 36.258,66
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/02/88	29/02/88	29	30.150,00	1.005,00	\$ 29.145,00		
01/03/88	31/03/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/04/88	30/04/88	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/05/88	31/05/88	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/06/88	30/06/88	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/07/88	31/07/88	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/08/88	31/08/88	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/09/88	30/09/88	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/10/88	31/10/88	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/11/88	30/11/88	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/12/88	31/12/88	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
Total días		366			\$ 467.655,00	\$ 1.277,75	\$ 38.332,38
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/02/89	28/02/89	28	41.040,00	1.368,00	\$ 38.304,00		
01/03/89	31/03/89	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/04/89	30/04/89	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/05/89	31/05/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/06/89	30/06/89	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/07/89	31/07/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/08/89	31/08/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/09/89	30/09/89	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/10/89	04/10/89	4	47.370,00	1.579,00	\$ 6.316,00		
10/10/89	31/10/89	22	41.040,00	1.368,00	\$ 30.096,00		
01/11/89	30/11/89	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/12/89	31/12/89	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
Total días		360			\$ 531.937,00	\$ 1.477,60	\$ 44.328,08
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/02/90	28/02/90	28	47.370,00	1.579,00	\$ 44.212,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/03/90	31/03/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/04/90	30/04/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/05/90	31/05/90	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/06/90	30/06/90	30	61.950,00	2.065,00	\$ 61.950,00		
01/07/90	31/07/90	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/08/90	31/08/90	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/09/90	30/09/90	30	61.950,00	2.065,00	\$ 61.950,00		
01/10/90	31/10/90	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/11/90	30/11/90	30	61.950,00	2.065,00	\$ 61.950,00		
01/12/90	31/12/90	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
Total días		365			\$ 695.405,00	\$ 1.905,22	\$ 57.156,58
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/02/91	28/02/91	28	61.950,00	2.065,00	\$ 57.820,00		
01/03/91	31/03/91	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/04/91	30/04/91	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/05/91	31/05/91	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/06/91	30/06/91	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/07/91	31/07/91	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/08/91	31/08/91	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/09/91	30/09/91	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/10/91	31/10/91	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/11/91	30/11/91	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/12/91	31/12/91	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
Total días		365			\$ 932.561,00	\$ 2.554,96	\$ 76.648,85
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/02/92	29/02/92	29	89.070,00	2.969,00	\$ 86.101,00		
01/03/92	31/03/92	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/04/92	30/04/92	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/05/92	31/05/92	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/06/92	30/06/92	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/07/92	31/07/92	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/08/92	31/08/92	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/09/92	30/09/92	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/10/92	31/10/92	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/11/92	30/11/92	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/12/92	31/12/92	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
Total días		366			\$ 1.896.721,00	\$ 5.182,30	\$ 155.468,93
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/02/93	28/02/93	28	254.730,00	8.491,00	\$ 237.748,00		
01/03/93	31/03/93	31	254.730,00	8.491,00	\$ 263.221,00		
01/04/93	30/04/93	30	254.730,00	8.491,00	\$ 254.730,00		
01/05/93	31/05/93	31	254.730,00	8.491,00	\$ 263.221,00		
01/06/93	30/06/93	30	298.110,00	9.937,00	\$ 298.110,00		
01/07/93	31/07/93	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/08/93	31/08/93	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/09/93	30/09/93	30	298.110,00	9.937,00	\$ 298.110,00		
01/10/93	31/10/93	31	346.170,00	11.539,00	\$ 357.709,00		
01/11/93	30/11/93	30	346.170,00	11.539,00	\$ 346.170,00		
01/12/93	31/12/93	31	346.170,00	11.539,00	\$ 357.709,00		
Total días		365			\$ 3.535.366,00	\$ 9.685,93	\$ 290.578,03
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	346.170,00	11.539,00	\$ 357.709,00		
01/02/94	28/02/94	28	346.170,00	11.539,00	\$ 323.092,00		
01/03/94	31/03/94	31	342.071,00	11.402,37	\$ 353.473,37		
01/04/94	30/04/94	30	342.071,00	11.402,37	\$ 342.071,00		
01/05/94	31/05/94	31	342.071,00	11.402,37	\$ 353.473,37		
01/06/94	30/06/94	30	342.071,00	11.402,37	\$ 342.071,00		
01/07/94	31/07/94	31	342.071,00	11.402,37	\$ 353.473,37		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/08/94	31/08/94	31	428.244,00	14.274,80	\$ 442.518,80		
01/09/94	30/09/94	30	428.244,00	14.274,80	\$ 428.244,00		
01/10/94	31/10/94	31	428.244,00	14.274,80	\$ 442.518,80		
01/11/94	30/11/94	30	417.794,00	13.926,47	\$ 417.794,00		
01/12/94	31/12/94	31	471.794,00	15.226,47	\$ 487.520,47		
Total días		365	-		\$ 4.643.959,17	\$ 12.723,18	\$ 381.695,27
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	13	633.000,00	21.100,00	\$ 274.300,00		
01/02/95	28/02/95	30	170.000,00	5.666,67	\$ 170.000,00		
01/03/95	31/03/95	30	301.000,00	10.033,33	\$ 301.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	1.006.000,00	33.533,33	\$ 1.006.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	592.000,00	19.733,33	\$ 592.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	248.000,00	8.266,67	\$ 248.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	914.000,00	30.466,67	\$ 914.000,00		
01/08/95	31/08/95	30	622.000,00	20.733,33	\$ 622.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	575.000,00	19.166,67	\$ 575.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	611.000,00	20.366,67	\$ 611.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	572.000,00	19.066,67	\$ 572.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	615.000,00	20.500,00	\$ 615.000,00		
Total días		343			\$ 6.500.300,00	\$ 18.951,31	\$ 568.539,36
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	554.000,00	18.466,67	\$ 554.000,00		
01/02/96	28/02/96	30	720.000,00	24.000,00	\$ 720.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	819.000,00	27.300,00	\$ 819.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	721.000,00	24.033,33	\$ 721.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	751.000,00	25.033,33	\$ 751.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	703.000,00	23.433,33	\$ 703.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	1.020.000,00	34.000,00	\$ 1.020.000,00		
01/08/96	31/08/96	30	699.000,00	23.300,00	\$ 699.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	462.000,00	15.400,00	\$ 462.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	708.000,00	23.600,00	\$ 708.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	647.000,00	21.566,67	\$ 647.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	297.000,00	9.900,00	\$ 297.000,00		
Total días		360			\$ 8.101.000,00	\$ 22.502,78	\$ 675.083,33
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	967.000,00	32.233,33	\$ 967.000,00		
01/02/97	28/02/97	30	802.000,00	26.733,33	\$ 802.000,00		
01/03/97	31/03/97	30	360.000,00	12.000,00	\$ 360.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	1.137.000,00	37.900,00	\$ 1.137.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	817.000,00	27.233,33	\$ 817.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	459.000,00	15.300,00	\$ 459.000,00		
01/07/97	31/07/97	30	1.315.000,00	43.833,33	\$ 1.315.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	431.000,00	14.366,67	\$ 431.000,00		
01/09/97	30/09/97	30	459.000,00	15.300,00	\$ 459.000,00		
01/10/97	31/10/97	30	910.000,00	30.333,33	\$ 910.000,00		
01/11/97	30/11/97	30	910.000,00	30.333,33	\$ 910.000,00		
01/12/97	31/12/97	30	459.000,00	15.300,00	\$ 459.000,00		
Total días		360			\$ 9.026.000,00	\$ 25.072,22	\$ 752.166,67
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	790.000,00	26.333,33	\$ 790.000,00		
01/02/98	28/02/98	30	540.000,00	18.000,00	\$ 540.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	540.000,00	18.000,00	\$ 540.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	1.326.000,00	44.200,00	\$ 1.326.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	582.000,00	19.400,00	\$ 582.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	1.001.000,00	33.366,67	\$ 1.001.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	943.000,00	31.433,33	\$ 943.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Total días		360			\$ 8.292.000,00	\$ 23.033,33	\$ 691.000,00
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	728.000,00	24.266,67	\$ 728.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	1.252.000,00	41.733,33	\$ 1.252.000,00		
01/05/99	31/05/99	30	760.000,00	25.333,33	\$ 760.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	837.000,00	27.900,00	\$ 837.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	762.000,00	25.400,00	\$ 762.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	818.000,00	27.266,67	\$ 818.000,00		
01/09/99	30/09/99	30	720.000,00	24.000,00	\$ 720.000,00		
01/10/99	31/10/99	30	817.000,00	27.233,33	\$ 817.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	920.000,00	30.666,67	\$ 920.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	720.000,00	24.000,00	\$ 720.000,00		
Total días		360			\$ 9.362.000,00	\$ 26.005,56	\$ 780.166,67
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	920.000,00	30.666,67	\$ 920.000,0		
01/02/00	28/02/00	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,0		
01/03/00	31/03/00	30	814.000,00	27.133,33	\$ 814.000,0		
01/04/00	30/04/00	30	858.000,00	28.600,00	\$ 858.000,0		
01/05/00	31/05/00	30	783.000,00	26.100,00	\$ 783.000,0		
01/06/00	30/06/00	30	816.000,00	27.200,00	\$ 816.000,0		
01/07/00	31/07/00	7	816.000,00	27.200,00	\$ 190.400,0		
01/08/00	31/08/00	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,0		
01/09/00	30/09/00	30	818.000,00	27.266,67	\$ 818.000,0		
01/10/00	31/10/00	30	818.000,00	27.266,67	\$ 818.000,0		
01/11/00	30/11/00	30	720.000,00	24.000,00	\$ 720.000,0		
01/12/00	31/12/00	30	898.000,00	29.933,33	\$ 898.000,0		
Total días		337			\$ 9.265.400,0	\$ 27.493,77	\$ 824.813,06
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	813.000,00	27.100,00	\$ 813.000,0		
01/02/01	28/02/01	30	720.000,00	24.000,00	\$ 720.000,0		
01/03/01	31/03/01	30	720.000,00	24.000,00	\$ 720.000,0		
01/04/01	30/04/01	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/05/01	31/05/01	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/06/01	30/06/01	18	600.000,00	20.000,00	\$ 360.000,0		
01/07/01	31/07/01	28	1.000.000,00	33.333,33	\$ 933.333,3		
01/08/01	31/08/01	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/09/01	30/09/01	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/10/01	31/10/01	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/11/01	30/11/01	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/12/01	31/12/01	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
Total días		342			\$ 10.413.000,0	\$ 30.447,37	\$ 913.421,05
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/02/02	28/02/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/03/02	31/03/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/04/02	30/04/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/05/02	31/05/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/06/02	30/06/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/07/02	31/07/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/08/02	31/08/02	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,7		
01/09/02	30/09/02	13	1.000.000,00	33.333,33	\$ 433.333,3		
Total días		245			\$ 8.166.666,7	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1982	205	1,140	46,58	40,860	\$ 7.470,00	\$ 305.222	\$ 2.085.681
1983	149	1,410	46,58	33,035	\$ 9.480,00	\$ 313.176	\$ 1.555.442
1984	366	1,650	46,58	28,230	\$ 11.850,00	\$ 334.529	\$ 4.081.255



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

1985	345	1,950	46,58	23,887	\$ 14.610,00	\$ 348.992	\$ 4.013.404
1986	365	2,380	46,58	19,571	\$ 34.350,82	\$ 672.295	\$ 8.179.585
1987	365	2,880	46,58	16,174	\$ 36.258,66	\$ 586.433	\$ 7.134.940
1988	366	3,580	46,58	13,011	\$ 38.332,38	\$ 498.749	\$ 6.084.740
1989	360	4,580	46,58	10,170	\$ 44.328,08	\$ 450.830	\$ 5.409.962
1990	365	5,780	46,58	8,059	\$ 57.156,58	\$ 460.615	\$ 5.604.146
1991	365	7,650	46,58	6,089	\$ 76.648,85	\$ 466.706	\$ 5.678.260
1992	366	9,700	46,58	4,802	\$ 155.468,93	\$ 746.571	\$ 9.108.172
1993	365	12,140	46,58	3,837	\$ 290.578,03	\$ 1.114.920	\$ 13.564.856
1994	365	14,890	46,58	3,128	\$ 381.695,27	\$ 1.194.047	\$ 14.527.577
1995	343	18,250	46,58	2,552	\$ 568.539,36	\$ 1.451.099	\$ 16.590.903
1996	360	21,800	46,58	2,137	\$ 675.083,33	\$ 1.442.449	\$ 17.309.384
1997	360	26,520	46,58	1,756	\$ 752.166,67	\$ 1.321.113	\$ 15.853.359
1998	360	31,210	46,58	1,492	\$ 691.000,00	\$ 1.031.297	\$ 12.375.564
1999	360	36,420	46,58	1,279	\$ 780.166,67	\$ 997.808	\$ 11.973.695
2000	337	39,790	46,58	1,171	\$ 824.813,06	\$ 965.564	\$ 10.846.502
2001	342	43,270	46,58	1,076	\$ 913.421,05	\$ 983.294	\$ 11.209.557
2002	245	46,580	46,58	1,000	\$ 1.000.000,00	\$ 1.000.000	\$ 8.166.667
Total días	7054	Total devengado actualizado a:				2002	\$ 191.353.651
Total semanas	1007,71	Ingreso Base Liquidación				\$ 813.809,12	
Total Años	19,43	Porcentaje aplicado				81%	
		Primera mesada				\$ 659.185,39	
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2002				\$ 309.000,00	

Cálculo Tiempo Que le Hiciere Falta							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1993	33	12,140	46,58	3,837	\$ 346.170,00	\$ 1.328.221	\$ 1.461.043
1994	365	14,890	46,58	3,128	\$ 381.695,27	\$ 1.194.047	\$ 14.527.577
1995	343	18,250	46,58	2,552	\$ 568.539,36	\$ 1.451.099	\$ 16.590.903
1996	360	21,800	46,58	2,137	\$ 675.083,33	\$ 1.442.449	\$ 17.309.384
1997	360	26,520	46,58	1,756	\$ 752.166,67	\$ 1.321.113	\$ 15.853.359
1998	360	31,210	46,58	1,492	\$ 691.000,00	\$ 1.031.297	\$ 12.375.564
1999	360	36,420	46,58	1,279	\$ 780.166,67	\$ 997.808	\$ 11.973.695
2000	337	39,790	46,58	1,171	\$ 824.813,06	\$ 965.564	\$ 10.846.502
2001	342	43,270	46,58	1,076	\$ 913.421,05	\$ 983.294	\$ 11.209.557
2002	245	46,580	46,58	1,000	\$ 1.000.000,00	\$ 1.000.000	\$ 8.166.667
Total días	3105	Total devengado actualizado a:				2002	\$ 120.314.251
Total semanas	443,57	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.162.456,53
Total Años	8,61	Porcentaje aplicado					81%
		Primera mesada					\$ 941.589,79
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2002					\$ 309.000,00

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada asignada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 941.589,79			0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 1.007.407,00			0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 1.072.788,00			0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 1.131.791,00			0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 1.186.683,00			0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 1.239.846,00			0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.310.393,00			0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.410.900,00			0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.439.118,00			0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.484.738,00			0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.540.119,00			0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.577.698,00			0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.608.305,00			0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.667.169,00			0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.780.036,00			0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.882.388,00			0,00	\$ 0,0
15/03/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.959.378,00	\$ 1.801.275,00	\$ 158.103,00	11,53	\$ 1.823.454,6
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.021.686,00	\$ 1.858.556,00	\$ 163.130,00	14,00	\$ 2.283.820,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.098.510,00	\$ 1.929.181,00	\$ 169.329,00	14,00	\$ 2.370.606,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.132.296,00	\$ 1.960.241,00	\$ 172.055,00	14,00	\$ 2.408.770,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.252.131,00	\$ 2.070.406,54	\$ 181.724,46	14,00	\$ 2.544.142,4
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 2.547.611,00	\$ 2.342.043,88	\$ 205.567,12	14,00	\$ 2.877.939,6
01/01/24	29/02/24	9,28%	\$ 2.784.029,00	\$ 2.559.385,56	\$ 224.643,44	2,00	\$ 449.286,9



Total retroactivo diferencia pensional	\$ 14.758.019,51

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 14.758.019,5
Total	\$ 14.758.019,5

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación miércoles, 3 de abril de 2024 Recibe: _____

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

república DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de septiembre de 2023, en proceso ordinario laboral que **OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. Y** la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad de la vinculación y traslado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

En cuanto a **PROTECCIÓN S.A.**, mediante auto del 11 de noviembre del 2022, se tuvo por no contestada la demanda por esta AFP (archivo 11).

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO identificada con C.C. No. 51.691.888, a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO identificada con C.C. No. 51.691.888, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO identificada con C.C. No. 51.691.888 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí la demandante ha estado afiliada a la administradora de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno

de la cotización total realizada por esta; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Se condena en costas a las demandadas por resultar vencidas en primera instancia, las cuales serán debidamente tasadas por la Secretaría del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable por la integración normativa en virtud del artículo 145 del CPTSS

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, indicó que, si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso concreto; que la demandante, no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, conforme lo establecido en el Decreto 2241 de 2010, que establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones; que la demandante no se encuentra disminuida para celebrar actos y contratos, máxime cuando, de su elección dependía su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto, tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto al RAIS como lo es la figura del retracto.

Manifestó que, es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-242 de 2009, respecto del tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48 adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y precisó que el principio del interés general debe primar sobre el particular, por cuanto dicha declaración de ineficacia afecta el patrimonio público; que la demandante hizo su ahorro pensional de manera individual, con lo que no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión, con lo que, con esta declaración, se están vulnerando los principios

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema pensional, ello conforme las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

Indicó que el criterio esbozado en la sentencia apelada es netamente jurisprudencial, toda vez que las mismas normas jurídicas prohíben expresamente el retorno de la demandante al régimen de prima media por lo que, Colpensiones, siendo una entidad del Estado no puede ir en contravía de las normas jurídicas y por ello ha prestando oposición a las pretensiones de la demanda, resaltando que no ha intervenido en la decisión tomada por la accionante al momento de realizar su traslado de régimen pensional, no siendo la causante de la declaratoria de ineficacia, por lo que solicita se revoque la condena en costas, en caso de confirmarse la sentencia de primer grado.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 07 de diciembre de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 64 archivo 03), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 01 de octubre de 1999 (fl. 58 archivo 03).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Protección S.A., no es menos cierto que fue allegada por la accionante, resumen de historia laboral con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

fecha de generación 14 de marzo del 2019 (fls. 55 a 64 archivo 03), donde se evidencia que la señora León Castillo se afilió a esa AFP en el mes de octubre de 1999; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Protección S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Obdulia Lucía León Castillo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de octubre de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Protección S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual, es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan

consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y la AFP Protección S.A., con quien realizó el traslado inicial

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

² *Ibidem*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

de régimen, el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

De otro lado, Colpensiones señala a que la demandante como afiliada también tiene obligaciones, como la de informarse, lo que, si bien resulta cierto, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

En cuanto a lo argüido por la recurrente respecto del no uso del derecho de retracto que le asistía a la actora, ha de señalarse que en sentencia CSJ SL1217 del 2021, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia indicó, en relación con tal derecho, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó a la afiliada, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para, de ser el caso, acceder a la aludida declaratoria, determina si aquella ejerció o no su derecho de retracto para retornar al RPM.

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

De otro lado, se itera, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., lo que da al traste los argumentos presentados por Porvenir S.A. frente al particular; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONARLO y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por Colpensiones, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, se ADICIONA y se DISPONE que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00363 01.

Demandante: OBDULIA LUCIA LEÓN CASTILLO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

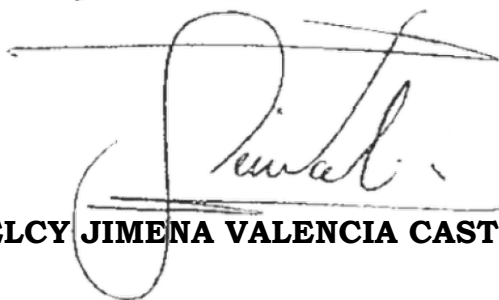
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de agosto de 2023, en proceso ordinario laboral que **MARTHA CECILIA REINA ANDRADE** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. Y LAS RECURRENTE**S.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de Protección S.A., así como los posteriores realizados a Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, así como los gastos de administración; y a esta última a aceptar dichos valores y a reconocer y

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

pagar la pensión de vejez a partir del 03 de agosto de 2020, junto con las mesadas adicionales y los intereses moratorios o indexación.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 11), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** (archivo 21), presentó oposición a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y, en su defensa, propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por MARTHA CECILIA REINA ANDRADE con destino a la AFP Colfondos S.A, el 10 de febrero de 1996; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A. 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 justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

TERCERO: ORDENAR a las AFP Colfondos S.A y Protección SA el traslado de los dineros descontados 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en cada una de estas dos 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 justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Colfondos S.A y Protección S.A, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de MARTHA CECILIA REINA ANDRADE como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de MARTHA CECILIA REINA ANDRADE la pensión de vejez a partir del 3 de agosto de 2020; cuya cuantía será determinada acogiendo lo señalado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. Y cuyo retroactivo pensional deberá pagarse debidamente indexado.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a las AFP Colfondos S.A, Porvenir S.A y Protección S.A. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

OCTAVO: REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, adujo que, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 correspondía directamente a la AFP del RAIS a la que se encuentra afiliada actualmente la demandante, informarle de manera clara y sucinta alrededor del momento de cumplir los 47 años de edad, que entraría como tal en la prohibición legal que señala el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse por última vez o retornar al régimen de prima media.

Manifestó que esa entidad nada tuvo que ver con el traslado inicial, ni con los múltiples traslados realizados por la demandante y que, conforme la jurisprudencia, se evidencian como una preferencia por permanecer en el RAIS, tal y como se demuestra con la cantidad de traslados horizontales que realizó.

Concluyó indicando que, al no tener el derecho a la declaratoria de ineficacia, tampoco hay lugar al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, indicó que cumplió a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones en materia de información, atendiendo los parámetros vigentes para el momento en que la demandante decidió de manera libre y voluntaria vincularse con esa AFP y en tal sentido no se le puede obligar a demostrar el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la vinculación de la demandante y que nacieron con posterioridad a la vida jurídica, primero por desarrollo jurisprudencial y más adelante por varias normas legales y reglamentarias que no tienen naturaleza retroactiva; que la demandante goza de plena capacidad en los términos del artículo 1502 del Código Civil y que por disposición legal la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza de la afiliada.

Manifestó que, con la declaratoria de ineficacia se da una ficción jurídica que equivale a que la demandante nunca estuvo vinculada al RAIS y por lo tanto esa AFP nunca administró los aportes y rendimientos que hoy se esta obligando a retornar y tampoco debió ordenarse la devolución de los gastos de administración, máxime cuando los mismos tienen una destinación legal y que también se descuentan en el RPM, además, estos gastos se descuentan para retribuir la gestión de administración que

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

realizan las AFP, por lo que, al ordenar su devolución debidamente indexados, se incurre en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, quien desde hace más de 20 años no realiza ninguna gestión de administración de los aportes pensionales de la afiliada, además que con ello se está generando un doble cobro, ya que se le obliga a devolver los rendimientos que se generaron gracias al debido uso de esos gastos de administración y estos rendimientos surgen para compensar esa pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo.

Respecto de las costas, señaló que siempre ha actuado de buena fe, por lo que solicita se absuelva de esta condena.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.**, manifestó que no hay lugar al traslado de los gastos de administración, pues la deducción de los mismos se efectuó como consecuencia de una disposición legal, se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante el periodo durante el cual esa AFP administró los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, generando unos rendimientos superiores a los que hubiere generado el régimen de prima media, que dichos conceptos son de tracto sucesivo, que se causan por la periodicidad que impone la ley y por ello resultan cobijados por el fenómeno prescriptivo, además, que no existe una razón jurídica que ordene su devolución y debido a la buena administración se produjeron rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante siendo el deber del fallador aplicar principios constitucionales como el de equidad y justicia pues, si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal de trasladar los gastos de administración, dado que fue, gracias a estos manejos que se generaron los altos rendimientos generados.

En cuanto a la prima de seguro previsional, expuso que la misma ya fue sufragada y las respectivas aseguradoras cumplieron con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y no es viable el traslado de dichos recursos, máxime cuando las aseguradoras deberían ser vinculadas a este tipo de procesos para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa.

Finalizó indicando que no es posible ordenar la indexación de los conceptos antes mencionados, pues en la cuenta de ahorro individual de la actora están incluidos los rendimientos que pasaron por todas las AFP a las

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

que estuvo vinculada, y que están ajustados a la indexación que se está ordenando, lo que conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. COLFONDOS S.A., así como los realizados con posterioridad a otras AFP del RAIS?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de diciembre de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 1 archivo 03 y fl. 97 archivo 09), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 10 de febrero de 1996 (fl. 19 a 20 archivo 21) y realizó traslados entre AFP del RAIS, así: i) a PROTECCIÓN S.A. el 01 de agosto de 1997 (fl. 23 archivo 12) y ii) a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 07 de abril del 2000 (fl. 60 archivo 11).

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

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

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Colfondos S.A., no es menos cierto que fue allegado por ese fondo historial de vinculaciones SIAFP y pantallazo de consulta de esa AFP (fl. 19 archivo 21), donde se evidencia que la demandante se afilió a ese fondo el 10 de febrero del año 1996; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colfondos S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Reina Andrade se trasladó al régimen

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

de ahorro individual con solidaridad (10 de febrero de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Ahora bien, frente a lo señalado por dicha recurrente, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual, es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

De otro lado, Colpensiones señala que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional y por tanto

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

² Ibídem.

está inmersa en la prohibición de traslado por edad establecida en la Ley 797 de 2003, frente a lo cual ha de decirse que, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora, en cuanto a lo argüido por Porvenir S.A. en su recurso, referente a la imposición de obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico para la data del traslado de la demandante, tal y como se dijo en las consideraciones de esta decisión, la máxima Corporación de cierre de la jurisdicción laboral, en sentencias como la CSJSL1688-2019, ha dicho que, desde la creación de las AFP, estas tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional para que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo cual, con lo que no se les está imponiendo a las AFP del RAIS, obligaciones no contenidas en el ordenamiento jurídico de, para este caso, el año de 1996, anualidad en la que se dio el traslado inicial de la accionante al RAIS.

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

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

hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., lo que da al traste los argumentos presentados por Protección S.A. frente al particular; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que esta sea improcedente o que la misma devenga en una doble condena, como lo aducen Porvenir S.A. y Protección S.A. en sus recursos, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que el demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

3.3. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de las mujeres, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la demandante nació el 03 de agosto de 1963, a decir del documento de identidad visible a folio 11 del archivo 03, por lo que cumplió los 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2020; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrimada por Porvenir S.A., con fecha de generación 27 de enero del 2022 y fecha de actualización de la información 06 de octubre de 2021 (fls. 32 a 51 archivo 11), la demandante acredita un total de 1.562 semanas cotizadas, con lo que, cumple con los requisitos de la norma trasunta para acceder a la prestación pensional.

Ahora, conforme el documento en mención se tiene que el último periodo cotizado por la actora fue el correspondiente a diciembre de 2018, acreditándose así el retiro del sistema, y como quiera que la edad la cumplió el 03 de agosto del 2020, fue hasta esta última data que reunió la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación pensional, con lo que, acertado resulta el reconocimiento efectuado por la *a quo* de la pensión de vejez desde dicha data, así como la orden de liquidarla conforme lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Por lo antes expuesto, acertada resulta la decisión de primera instancia, resaltando que la parte demandante no apeló la decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto del cálculo de la pensión deprecada, y en tal sentido se CONFIRMARÁ.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

Demandante: MARTHA CECILIA REINA ANDRADE.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia.

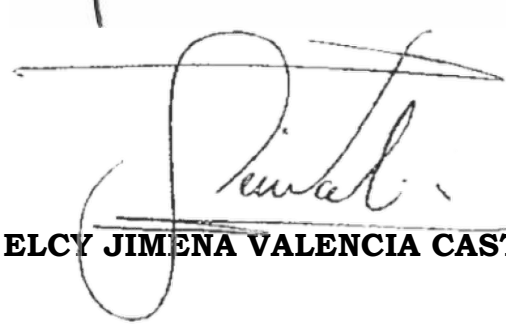
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
SALVO VOTO PARCIAL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01
Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO
Demandado: COLPENSIONES

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por las partes, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO** adelanta contra **LA COLPENSIONES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la reliquidación de la pensión de vejez, aplicando una tasa de reemplazo del 79% sobre el IBL, por lo que el valor de dicha prestación corresponde a la suma de \$16.218.654,97, efectiva a partir del 29 de junio de 2021; así mismo, deprecia el pago del retroactivo correspondiente entre la diferencia existente entre la pensión reconocida y la que debió reconocerse, el reajuste de la pensión de vejez, el pago de la indexación correspondiente y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

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

1) Nació el 29 de junio de 1959, cumpliendo 62 años de edad el mismo día y mes del año 2021; **2)** Solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, mediante escrito radicado el 06 de julio de 2021; **3)** Mediante Resolución SUB 256778 del 05 de octubre del 2021, Colpensiones le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$14.473.610, a partir del 29 de junio de 2021; **4)** El 14 de octubre de 2021, se presentan recursos de reposición y en subsidio de apelación contra dicha Resolución, por cuanto se *“estableció una tasa de reemplazo inferior a la que correspondía”*; **5)** La pensión de vejez se reconoció teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación IBL de \$20.529.943, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 70.50% ; **6)** Al realizar los cálculos aritméticos, la tasa de reemplazo que arroja es del 79%, por lo que el monto de la pensión debería ser de \$16.218.654,87.

2.2. Respuesta a la demanda

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo 05 y carpeta 1.1), se opuso a las pretensiones de la acción, presentando en su defensa, entre otras, la excepción de prescripción.

En síntesis, informó que el demandante acredita un total de 2.115 semanas cotizadas a Colpensiones y precisó que al momento de determinar el IBL se procedió a aplicar el tope máximo a los valores reportados como tal y demás factores, teniendo en cuenta que estos no pueden superar el monto máximo, de acuerdo con lo establecido en el régimen legal y para los periodos correspondientes y que al liquidar las prestaciones reconocidas los valores son actualizados y traídos a valor presente.

2.3. Providencia recurrida

La **A quo** dictó sentencia, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante señor Manuel Ignacio González Moreno la pensión de vejez en la suma inicial de \$16.218.654,97, a partir del día 29 de junio de 2021; retroactivo que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

asciende a la suma de \$39.491.246,70, ello junto con la indexación de la obligación mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada reajustada hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada vencida en el proceso. Se fija la suma de \$3.000.000 por concepto de agencias en derecho.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, indicó que, en sentencias SL 810 de 2023 y SL 3501 de 2022, la Corte Suprema de Justicia explicó que la norma no consagra una limitación en el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje máximo establecido, por lo que, de conformidad con el mentado criterio jurisprudencial y los artículos 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, al tener el accionante acreditadas 2.115 semanas cotizadas, le asiste el derecho a que se reliquide su pensión de vejez, aplicando para ello una tasa de reemplazo del 79% sobre el IBL calculado por la demandada, el cual, no fue discutido en este asunto.

Así mismo, precisó que no se condena al pago de los intereses moratorios deprecados, como quiera que la reliquidación se reconoce con fundamento en un criterio jurisprudencial, por lo que ordenó la indexación de las condenas.

2.4. Argumentos de la recurrente.

La parte **DEMANDANTE** señaló que, si bien en la sentencia citada en primera instancia, esto es la SL 810 del 2023 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció en ese caso que no había lugar a intereses moratorios porque solo a partir de la sentencia del año 2022 se había creado una nueva posición jurisprudencial y un nuevo entendimiento del alcance del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, la ley aplicable a este caso es la 100 de 1993 con la modificación que introdujo la Ley 797 de 2003, norma en la que se establece la fórmula matemática para fijar la tasa de reemplazo y en tal sentido debería entenderse que el correcto entendimiento del citado artículo 34 está vigente desde 1994 o en su defecto desde el año

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

2003 cuando se expidió la ley modificatoria y tal entendimiento es que a todos los pensionados del régimen de prima media deben aplicársele una tasa de reemplazo sin miramiento del número de semanas o sin límite del número de semanas como se venía entendiendo, máxime cuando el artículo 141 de dicha norma también se encuentra vigente desde el año 1994.

Por su parte, **COLPENSIONES** manifestó que, para la liquidación de la prestación se tuvieron en cuenta los valores y lineamientos legales establecidos para ello, tales como los artículos 18, 19 y 34 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1° del Decreto 1158 del 1994, por lo que, la prestación que le ha sido reconocida y pagada al demandante se ha ajustado a los lineamientos legales establecidos para ello, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento de la reliquidación.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el cual fue utilizado por las partes.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable reliquidar la mesada pensional reconocida a favor del demandante teniendo en cuenta la totalidad de las semanas por él cotizadas? Y, de ser ello así, ¿Es procedente el pago de los intereses

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por parte de Colpensiones?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la reliquidación de la pensión de vejez.

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

Respecto de la forma de calcular el monto de la pensión de vejez, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, establece:

ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas: El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del

ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<Aparte subrayado INEXEQUIBLE, en relación con los efectos para las mujeres. Efectos diferidos> A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

En tratándose de la fórmula de liquidación del monto pensional contemplada en la norma en cita, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3501 del 2022 Rad. 92207, realizó una interpretación y sobre el particular dijo:

Así las cosas, el citado artículo 34 contiene dos elementos estructurales para establecer el monto de la pensión de vejez: *i)* una fórmula decreciente para calcular la tasa de reemplazo; y *ii)* un incremento de esa tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas, hasta llegar a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% del IBL, en forma decreciente en función del nivel de ingresos, calculado con base en la misma fórmula.

De la misma manera, el precepto señala que *«[...] El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima»*.

Pues bien, para determinar el porcentaje de la pensión de vejez, debe utilizarse la fórmula $r = 65.50 - 0.50 s$, donde 'r' es igual al porcentaje del ingreso de liquidación y 's' al número de salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo tanto, la tasa de reemplazo es el resultado de restarle a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso; de esa forma, la tasa de reemplazo es decreciente en función del ingreso base de liquidación del afiliado: a mayor ingreso base de liquidación menor será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso mayor será la tasa indicada.

(...)

El segundo elemento para determinar el monto de la pensión de vejez corresponde al incremento del porcentaje o tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas requeridas para la pensión de vejez (1300), hasta llegar al monto máximo, como lo prevé la norma: *«A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo»*.

Dentro de este contexto, el primer paso para el análisis a fin de evaluar el verdadero alcance del precepto en estudio, implica indagar si lo pretendido por la norma es limitar el incremento de la tasa de reemplazo a un porcentaje máximo alcanzado con 500 semanas cotizadas adicionales a las 1300, es decir, para un total de 1800 semanas válidas y, de esta manera, impedir que se pueda alcanzar el monto máximo de la pensión establecido como regla general en el 80% del ingreso base de liquidación -- con excepción de los de salario mínimo a quienes se les garantiza un 100% del ingreso base de liquidación--.

Al respecto, conforme al artículo 34 citado, el monto mensual de la pensión de vejez que se obtiene con el mínimo de semanas requeridas corresponde a un porcentaje que oscila entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación en cada caso, en forma decreciente, en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. Así, la tasa de reemplazo inicial del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, siendo por lo tanto el valor de “s” igual a 1 SMLMV. Veamos la fórmula:

Fórmula: $r = 65.50 - 0.50 s$

$(0.50 \times 1 = 0.5)$

Resultado: $r = 65.50 - 0.50 = 65$

De esta manera, el valor de la pensión se halla al aplicar al ingreso base de liquidación una tasa de reemplazo calculada con base en la fórmula decreciente señalada, lo que constituye una innovación introducida por el Ley 797 de 2003, ya que, básicamente, se pasa de una tasa de reemplazo fija del 65%, como se estableció en la normativa original --Ley 100 de 1993--, a hacerlo con una tasa variable entre el 65% y el 55%, calculada en función del nivel de ingresos de cotización.

En ese sentido, parece claro que la intención del legislador también ha sido la de desincentivar al interesado para que aumente de forma fraudulenta el ingreso base de cotización sin guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos, pues la regla, se itera, es que: a mayor ingreso base de liquidación menor será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso mayor será la tasa indicada.

Ahora bien, quien pretenda incrementar la tasa de reemplazo inicial del 65%, debe entonces cotizar 500 semanas adicionales para alcanzar el monto máximo del 80%, como se refleja en la siguiente tabla:

Semanas cotizadas	Salarios mínimos	Tasa de reemplazo
1.300	1	65.0%
1.350	1	66.5%

1.400	1	68.0%
1.450	1	69.5%
1.500	1	71.0%
1.550	1	72.5%
1.600	1	74.0%
1.650	1	75.5%
1.700	1	77.0%
1.750	1	78.5%
1.800	1	80.0%

Lo anterior indica que cuando la tasa de reemplazo corresponde al 65%, entonces son 500 semanas adicionales las que se necesitan para llegar al máximo del 80%. No obstante, en este caso, como la tasa de reemplazo del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, el monto deberá ser ajustado al 100% de este salario, con el fin de asegurar que se cumpla el mandato del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, la norma también contempla un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% del ingreso base de liquidación, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula indicada, sin embargo, la parte final del mencionado artículo 34 de forma expresa enfatiza en que, *“El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación”*, pero en este caso, sin indicar rango alguno de oscilación.

Ahora bien, para la Corte lo lógico es, como lo señaló el legislador, calcular el monto inicial de la pensión conforme a la tasa de reemplazo variable en función del nivel de ingresos de cotización, de suerte que, el monto máximo es directamente proporcional al número de cotizaciones adicionales a las mínimas requeridas, es decir, la tasa de reemplazo pende del nivel de ingresos del afiliado y del monto máximo del número de semanas cotizadas; no obstante, las cotizaciones efectuadas a partir del porcentaje máximo del 80% no se computan, ni procede su devolución, en virtud del principio de solidaridad, expresado en ese tope porcentual sobre el límite de salarios mínimos a los que puede llegar el monto de la prestación pensional otorgada por el Sistema General de

Pensiones de la Ley 100 de 1993, con las reformas y adiciones legales ya enunciadas.

En efecto, la fórmula decreciente estableció que para determinar la tasa de reemplazo se resta a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso, por tanto, si se vuelve a utilizar ésta para calcular el monto máximo de la pensión, se estaría tomando el nivel de ingresos de cotización para disminuir o castigar dos veces el monto de la pensión, lo cual no tiene justificación alguna, pues con la fórmula se pretende desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero en manera alguna limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, salvo la del tope legal ahora vigente de 25 SMMLV.

No puede perderse de vista que, en un régimen de pensiones basado en cotizaciones contributivas, como lo es el establecido por la Ley 100 de 1993, la cotización se encuentra atada a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, así, aquella es consecuencia directa del trabajo humano que cuenta con una especial protección constitucional, en consecuencia, no existe razón lógica alguna, en criterio de la Corte, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas, necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, pues ello, sin duda, vulnera el derecho fundamental al trabajo.

Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial inferior al 65% pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, pues, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la norma.

Por otro lado, nótese que el incremento de la tasa de reemplazo en un 1.5% del ingreso base de liquidación, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho, dado que el trabajo *“es ciertamente un derecho humano (Artículo 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto o la dignidad humana, un*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal. Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la construcción de la nueva legalidad” (CC C-542-1992).

El anterior criterio fue reiterado por la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL810 de 2023 Rad. 92207, enfatizando:

Como se advirtió en líneas precedentes, el primer ataque de la demanda de casación salió avante, porque el Tribunal consideró que conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para incrementar el monto de la pensión de vejez «*sólo podrán ser válidas hasta máximo 1800 semanas en total, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la Ley, en aras de obtener la tasa de remplazo teniendo en cuenta la fórmula decreciente señalada en la citada norma*», sin embargo, no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente se aplica, únicamente, para determinar el monto o tasa de reemplazo inicial o de partida, pero no para establecer el monto máximo de la pensión, pues éste pende de los incrementos por semanas adicionales a las mínimas.

Tal como quedó asentado en sede de casación, las cotizaciones efectuadas a partir del porcentaje máximo del 80% no se computan, ni procede su devolución, en virtud del principio de solidaridad expresado en ese tope porcentual, sobre el límite de salarios mínimos a los que puede llegar el monto de la prestación pensional (25 smlmv) otorgado por el sistema general de pensiones.

Así mismo, se precisó que el ingreso base de liquidación es una de las variables que utiliza la fórmula decreciente para determinar el monto inicial de la pensión, con el fin de desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero que en modo alguno se puede volver a utilizar para limitar el número de semanas adicionales que se necesitan para alcanzar el monto máximo del 80%, porque con ello se estaría disminuyendo o castigando por doble vez el monto de la prestación con fundamento en la misma causa --*nivel de ingresos del afiliado*--, lo que en efecto constituiría una vulneración del derecho

fundamental al trabajo, por invalidarse semanas de cotización que el afiliado legalmente está obligado a efectuar.

Por eso se dijo que entenderlo diferente conduciría a concluir que ningún afiliado lograría, con 500 semanas de cotización adicionales a las mínimas, alcanzar el 80% del Ingreso Base de Liquidación, con excepción de aquellos de salario mínimo cuya tasa de reemplazo inicial es del 65% --*quienes por disposición legal obtienen el 100% del IBL--*, lo cual riñe con la estructura lógica de la proposición prescriptiva al disponer que “*el valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación*”, dado que el precepto no indica rango alguno de oscilación, es decir, no hace distinción respecto de los destinatarios o clase de afiliados que pueden acceder al porcentaje máximo fijado, pues la norma se dirige de manera general a todos aquellos a quienes se les reconozca el derecho pensional conforme a la Ley 797 de 2003.

Ahora, cuando el porcentaje inicial es del 65%, el ingreso base de liquidación es igual a 1 SMLMV, sin embargo, en ese caso, el monto máximo de la pensión corresponde al 100% del IBL y no al 80%, pues el valor de la pensión no podrá ser inferior a la *pensión mínima*, por tanto, la mera diferencia del 15% que existe entre el 65% inicial y el máximo 80% no supone que se haya dispuesto un tope de 500 semanas adicionales a las mínimas o, lo que es lo mismo, que el monto de la pensión sólo se pueda incrementar hasta un 15%, porque ello ni expresa ni tácitamente se encuentra contemplado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Añadido a lo anterior, el incremento del monto de la pensión por semanas adicionales a las mínimas requeridas “*corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho*”, lo que justifica prolongar los tiempos en que debe mantenerse la cotización al sistema general de pensiones, ello con relación a la condición de ser utilizado como factor para calcular los incrementos del monto de la pensión, en una clara interdependencia entre el derecho del trabajo y la seguridad social.

En otras palabras, el precepto no consagra una limitación en el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01
Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO
Demandado: COLPENSIONES

máximo -- como sí fue previsto por la Ley 100 de 1993 en su versión original para alcanzar hasta el 85% del IBL (1400 semanas)-- ni establece un monto máximo para cada caso en particular, pues éste corresponde, de manera general, al 80% para todos los afiliados, con independencia del número de semanas que de manera individual se requieran para alcanzarlo, dado que, como se mencionó en precedencia, el porcentaje inicial o de partida es variable conforme a la fórmula decreciente.

De esta manera, por ejemplo, cuando se fija un monto inicial de la pensión del 55% del IBL, por haber alcanzado el afiliado el número mínimo de 1300 semanas (25,5 años), debe tenerse en cuenta que para lograr el monto máximo del 80% del IBL, es necesario cotizar un número adicional de 850 semanas (16,7 años), para un total de 2.150, lo que significa que el afiliado debe realizar cotizaciones durante 42,2 años de trabajo, tal cual se refleja en la siguiente tabla:

Monto	Semanas cotizadas
55%	1300
56.5%	1350
58%	1400
59.5%	1450
61%	1500
62.5%	1550
64%	1600
65.5%	1650
67%	1700
68.5%	1750
70%	1800
71.5%	1850
73%	1900
74.5%	1950
76%	2000
77.5%	2050
79%	2100
80%	2150

Así las cosas, el efecto económico real de la fórmula decreciente es disminuir el monto de la pensión de vejez en función del nivel de ingresos del afiliado y, como consecuencia, aparece aumentar el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje máximo, pues la regla es que, a menor tasa de reemplazo mayor será el número de semanas adicionales de cotización exigidas para lograr el porcentaje del 80%, haciendo más gravosa la situación de los beneficiarios, por requerirse, al paso que descende la tasa de reemplazo, un número más elevado de semanas adicionales a las mínimas para aumentar el monto de la pensión.

Así, en criterio de la Corte, resulta ser un desatino aplicar la fórmula decreciente también para establecer el monto máximo de la pensión de vejez, por cuanto previamente dicha fórmula fue aplicada para determinar el porcentaje inicial en función del nivel de ingresos del afiliado y, además, porque si se llegara a determinar también el porcentaje máximo con la mentada fórmula, se itera, evidente resultaría que se desestimularía la prolongación de la cotización al sistema, se disminuiría el tiempo de recaudación y se extendería el período de pago de la prestación.

En esa línea, la permanencia de la cotización en el sistema general de pensiones cumple varias funciones: *i)* en relación con la acreditación del requisito para acceder al derecho; *ii)* ser utilizada como factor para calcular el monto y los incrementos de la pensión; y *iii)* como fuente de la que se obtienen los recursos económicos para financiar la prestación. Por tal razón, limitar el número de cotizaciones adicionales a las mínimas como barrera de acceso a la tasa de reemplazo máxima del 80% del IBL contraviene la obligación legal de cotizar y los principios básicos del aseguramiento social en que se asientan los sistemas de prestación definida.

Luego, entonces, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, y conforme a lo resuelto en la sede extraordinaria, resulta palmario que el actor, por tener acreditadas un total de 2125 semanas de cotización (+ de 40 años de cotización), tiene derecho al incremento del monto pensional pretendido, dado que, como quedó visto, son válidas todas las semanas

adicionales a las mínimas requeridas --1300-- hasta alcanzar el monto máximo de la pensión del 80% del IBL.

3.2. De los intereses moratorios.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 1 de la Ley 717 de 2001.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

3.3. Del caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, no es objeto de discusión dentro del presente asunto que:

1. El demandante nació el 29 de junio de 1959, como da cuenta la copia de su documento de identidad (fl. 15 archivo 02);

2. Conforme reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, actualizado al 22 de noviembre del 2021, el actor cuenta con 2.115,43 semanas cotizadas (fl.16 a 28 archivo 02);
3. Mediante Resolución SUB 256778 del 05 de octubre del 2021 al señor González Moreno le fue reconocida pensión de vejez bajo la Ley 797 de 2003, por valor de \$14.473.610 a partir del 29 de junio del 2021; teniendo en cuenta para su cálculo un IBL de \$20.529.943 y una tasa de reemplazo del 70.50% (fl. 29 a 36 archivo 02 y archivo GRF-AAT-RP-2021_7642073-20211005071705 carpeta 1.1)

Así las cosas, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta que se surte a favor de Colpensiones, procede esta Sala de Decisión a verificar si el monto de la mesada pensional reconocida al actor se encuentra ajustada a derecho o, si como él lo aduce, la prestación se encuentra mal calculada en cuanto a la tasa de reemplazo aplicada.

Sea lo primero por señalar que, en el presente asunto, el afiliado cotizó un total de 2.115,43 semanas, tal y como se evidencia en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, actualizado al 22 de noviembre del 2021 (fl.16 a 28 archivo 02), por lo que, conforme lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias arriba citadas, respecto de la fórmula para liquidar la pensión de vejez establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para efectuar el cálculo del monto de la mesada pensional, debe tenerse en cuenta la fórmula decreciente allí dispuesta, para luego, sumar el número de semanas adicionales a las mínimas con la finalidad de llegar al porcentaje máximo permitido en la tasa de reemplazo que corresponde al 80%.

Por lo expuesto, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, teniendo en cuenta que el valor del IBL establecido en la Resolución SUB 256778 del 05 de octubre del 2021, no fue objeto de controversia, se tiene que, al dividir dicho IBL en salarios mínimos de la época, esto es del año 2021 (\$908.526), se obtiene como resultado 22.59 SMLMV; al multiplicar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01
Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO
Demandado: COLPENSIONES

22.59 SMLMV por el factor 0.5 se obtiene 11.29 SMLMV; y al aplicar la fórmula del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el resultado es el siguiente:

$R = 65.50 - 0.50 \times s$
 $R = 65.50 - 11.29$
 $R = 54.21$

Lo que significa que, en principio, al actor le corresponde una tasa de reemplazo del 54.21% del IBL, el cual, debe incrementarse atendiendo las semanas de cotización adicionales a las 1.300 requeridas para obtener la pensión de vejez, como lo prevé la norma en cita, así:

MONTO	SEMANAS COTIZADAS
54,21	1300
55,71	1350
57,21	1400
58,71	1450
60,21	1500
61,71	1550
63,21	1600
64,71	1650
66,21	1700
67,71	1750
69,21	1800
70,71	1850
72,21	1900
73,71	1950
75,21	2000
76,71	2050
78,21	2100

Así las cosas, para calcular la pensión de vejez del actor, debió emplearse una tasa de reemplazo del 78.21% sobre el IBL de \$20.529.943, esta última suma que, se itera, no fue objeto de discusión o controversia dentro del presente asunto, con lo que la mesada pensional del actor para el año 2021, correspondería a la suma de **\$16.056.468,42**, razón por la cual se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia de primer grado, como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01
Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO
Demandado: COLPENSIONES

quiera que el presente asunto también se conoce en esta instancia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Ahora bien, previo a efectuar el cálculo del retroactivo correspondiente, debe estudiarse la excepción de prescripción propuesta por la demandada, señalado que, la prestación pensional fue reconocida mediante Resolución SUB 256779 del 05 de octubre del 2021 y la demanda fue interpuesta el 07 de diciembre del mismo año (archivo 01), con lo que no transcurrió el término trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, tal y como acertadamente lo determinó la *a quo*.

Dicho lo anterior, se tiene que el retroactivo a pagar al demandante por parte de Colpensiones, con corte 29 de febrero del 2024, asciende a la suma de \$61.626.933,01, sobre la cual deben hacerse los respectivos descuentos con destino al sistema general de seguridad social en salud, con lo que el valor a pagar, con corte a la data en mención, es la suma de **\$54.231.701,04**, conforme los cálculos que se indican a continuación, haciendo énfasis en que dicho cálculo se hizo hasta el 29 de febrero del 2024 y el de primera instancia fue calculado al 30 de abril del 2023:

AÑO	INCREMENTO	PENSION OTORGADA POR COLPENSIONES	PENSION CALCULADA	DIFERENCIA	# MESADAS	SUBTOTAL
2021	0,00%	\$ 14.473.610,00	\$ 16.056.468,42	\$ 1.582.858,42	7,06	\$ 11.174.980,45
2022	5,62%	\$ 15.287.026,88	\$ 16.958.841,95	\$ 1.671.815,07	13	\$ 21.733.595,91
2023	13,12%	\$ 17.292.684,81	\$ 19.183.842,00	\$ 1.891.157,19	13	\$ 24.585.043,47
2024	9,28%	\$ 18.897.445,96	\$ 20.964.102,55	\$ 2.066.656,59	2	\$ 4.133.313,18
				SUBTOTAL RETROACTIVO		\$ 61.626.933,01
				MENOS DESCUENTOS SALUD		\$ 7.395.231,96
				TOTAL RETROACTIVO AL 29 DE FEBRERO DEL 2024		\$ 54.231.701,04

En cuanto a los **intereses moratorios**, es pacífica la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, al señalar que su imposición no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la CSJ

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

Sobre el tópico, en sentencia CSJ SL3405 del 2021 Rad. 79723, expuso:

“(…) la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se *niega* la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”

Así las cosas, se considera que hay lugar al pago de los intereses moratorios, tal y como fue señalado por la *a quo*, puesto que la reliquidación aquí reconocida se da con ocasión de la interpretación que, mediante la jurisprudencia, adopta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, frente a la forma de liquidar la pensión de vejez regulada en la Ley 797 de 2003.

Por lo expuesto, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, acertada resulta la condena a la indexación de la obligación mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada reajustada hasta cuando se produzca el pago de la obligación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01

Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO

Demandado: COLPENSIONES

Corolario de lo anterior, se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia apelada y consultada, tal y como en antecedencia se indicó, por las razones aquí expuestas.

4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR**, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia, el numeral primero de la sentencia de primera instancia para establecer como monto de la mesada pensional en favor del demandante para el año 2021, la suma de **\$16.056.468,42**. En consecuencia, **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar al demandante las diferencias pensionales surgidas entre la pensión que debe cancelarse y la efectivamente pagada, estableciendo como retroactivo a reconocer y pagar, calculado hasta el 29 de febrero del 2024, la suma de **\$54.231.701,04**, junto con la indexación de la obligación mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada reajustada hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

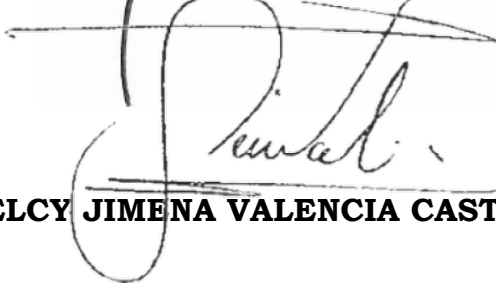
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 006 2021 00712 01
Demandante: MANUEL IGNACIO GONZÁLEZ MORENO
Demandado: COLPENSIONES

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la señora **NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO**, contra la providencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 04 de mayo de 2023, en proceso ordinario laboral que **LA RECURRENTE** adelanta contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional desde el 28 de noviembre de 2005, conforme lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido durante los últimos 2 años de servicio, por haber adquirido su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

derecho pensional entre el 01 de enero del 2002 y el 31 de diciembre de 2006, en 14 mesadas anuales.

Así mismo, deprecia el pago de dicha prestación, teniendo en cuenta la diferencia entre esta y la pagada por Colpensiones; el pago de los intereses moratorios, la bonificación señalada en el artículo 103 de la citada Convención Colectiva y la indexación de dichas sumas de dinero.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa expuso los siguientes, hechos: **1)** Laboró con el Instituto de Seguros Sociales desde el 01 de octubre de 1978 hasta el 25 de junio de 2003, acumulando más de 20 años de servicio; **2)** Durante el tiempo laborado en el ISS ostentó la calidad de trabajador oficial; **3)** Nació el 24 de abril de 1955, cumpliendo 50 años de edad el mismo día y mes del 2005; **4)** Durante los dos últimos años de servicio percibió los siguientes conceptos: asignación básica, incremento de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, reconocimiento por servicios, prima de vacaciones, valor de trabajo nocturno, suplementario y en horas extras y valor del trabajo en día dominicales y feriados; **5)** El artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001 , establece los requisitos para obtener la pensión; **6)** El artículo 3 de la citada Convención, establece los beneficiarios de la misma; **7)** El artículo 103 de dicho documento, establece el derecho para el reconocimiento y pago de la bonificación, que se causa al momento del reconocimiento de la pensión de jubilación; **8)** El 12 de julio del 2005, solicitó ante la ESE José Prudencio Padilla, el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional; **9)** La ESE en mención, mediante Resolución No. 006366 del 26 de diciembre de 2005 reconoció la pensión de jubilación, de conformidad con el Decreto 1653 de 1977, ello a partir del 28 de noviembre de 2005, en cuantía inicial de \$944.369; **10)** La ESE liquidó la prestación teniendo en cuenta un porcentaje del 75% del promedio de los últimos 10 años cotizados y los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994; **11)** Solicitó ante el ISS empleador el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, petición que fue negada a través de la Resolución No. 0877 del 24 de mayo del 2011, *“pero reconoce la pensión de jubilación, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1653 de 1977”*; **12)** Dicha

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

prestación la reconoció a partir del 28 de noviembre de 2005 en cuantía inicial de \$1.261.850, se liquidó teniendo en cuenta un porcentaje del 100% del promedio de los últimos 10 años cotizados y se liquidó con los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994; **13)** Solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de vejez; **14)** Mediante Resolución No. 011916 del 27 de septiembre de 2011, el ISS reconoce la pensión de vejez, de conformidad con lo señalado en el Decreto 758 de 1990; **15)** La anterior prestación se reconoció a partir del 24 de abril de 2011 en cuantía inicial de \$1.380.486 y se liquidó teniendo en cuenta un porcentaje del 90% del promedio de los últimos 10 años cotizados; **16)** En el mes de julio de 2014, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-555, la cual sirvió de base a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para emitir la sentencia SL 3635 de 2020; **17)** Se consolidó una línea jurisprudencial para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, que concluyó que *“procede el respectivo reconocimiento pensional con requisitos cumplidos con posterioridad al Acto Legislativo 001 de 2005 y al 31 de julio de 2010, y que la edad no es un requisito de exigibilidad sino de causación”*; **18)** De conformidad con las sentencias SL 3635-2020 y SL 5116-2020, *“el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, tiene vigencia después del 31 de julio de 2010”*; **19)** El 25 de mayo del 2021 radicó ante la UGPP, solicitud de las pretensiones aquí reclamadas; **20)** El 22 de septiembre de 2021, la UGPP le notifica la Resolución RDP 024194 del 14 del mismo mes y año, a través de la cual niega el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, así como las demás pretensiones de esta demanda; **21)** El 30 de noviembre de 2021 radicó recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución RDP 032345 del 26 de noviembre de 2021, que negó el reconocimiento de la prestación pensional, acto administrativo que fue notificado el 29 del mismo mes y año.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFICALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** (archivo 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando como excepciones de fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

a su favor, las que denominó: prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y de causa en la parte actora, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

Expuso que, para tener derecho a la pensión de jubilación convencional, es requisito tener la calidad de trabajador, pues así lo señala, tanto la Convención como la ley al estipular el campo de aplicación, además que la misma perdió vigencia a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005; manifestó que, aunque la demandante acredite el tiempo de servicios y la edad exigidos por la Convención Colectiva, cumpliría con dichos requerimientos con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con lo que la Convención Colectiva invocada pierde vigencia.

2.3. Providencia Recurrida.

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

Para sustentar su decisión, el *a quo* indicó que, el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre Sintraseguridadsocial y el ISS fijó una vigencia hasta el 01 de enero del año 2017; que, como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL 3635 de 2020, como lo prevé el parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, en este caso particular, la vigencia de dicha Convención Colectiva se mantendría hasta el año 2017, al haberse suscrito ante de dicho Acto Legislativo.

Manifestó que, conforme las pruebas arrimadas, la accionante solamente laboró, ostentando la calidad de trabajadora oficial, por menos de 6 años, con lo que no cumple con los 20 años exigidos por la norma convencional para tener derecho a la prerrogativa reclamada; que, conforme el artículo 2.2.9.2.1.2. del Decreto 1833 de 2016, el documento válido para demostrar la calidad o condición y los tiempos de servicio para efectos del bono pensional y demás, es el CETIL, por lo que las certificaciones genéricas y/o generales dadas por el PAR ISS, pierden su fuerza probatoria; además, dijo, el cargo desempeñado por la demandante como auxiliar administrativo, tiene la naturaleza de empleada pública y no de trabajadora oficial, a decir de lo señalado en el artículo 26 de la Ley 1010 de 1990, por lo que no se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

puede beneficiar de la Convención Colectiva, pues de la misma solo se benefician los trabajadores oficiales.

Así mismo, dijo, no se cumplen con los requisitos para que la demandante accede a la bonificación establecida en el artículo 103 de la norma convencional, pues un presupuesto para ello es ostentar la condición de pensionada, la cual no cumple la demandante.

2.4. Argumentos de la recurrente.

La **DEMANDANTE** indicó que, de acuerdo con lo señalado en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de enero del 2001, el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, de acuerdo con el texto de su artículo 98, se adquiere tras cumplir con el tiempo de servicios, esto es 20 años, pero dicha norma no señala que este tiempo deba ser estrictamente en calidad de trabajador oficial, con lo que se está generando un requisito adicional que la norma no consagra.

Precisó que, para el año 2001, cuando se firmó la citada Convención Colectiva y hasta que prestó sus servicios al ISS en el 2003, de la demandante ostentaba la calidad de trabajadora oficial y por ello podría beneficiarse de la Convención, argumento que respaldó en las sentencias 2015-000583-2021 del Consejo de Estado y SU 347 de 2022 de la Corte Constitucional.

Finalmente, señaló que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 13267 rad. 59339 del 23 de septiembre de 2015, fue reconocida una pensión de jubilación convencional a una trabajadora oficial del ISS hasta el año 2003, pues en ese año pasó a tener la calidad de empleada pública y dijo que, mientras el trabajador no desempeñe cargos directivos y sus funciones estén destinadas al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales o, incluso teniendo en cuenta la naturaleza del cargo, en este caso de auxiliar administrativo apareciendo en el CETIL como trabajadora oficial, se tiene que realizar un estudio completo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

de la naturaleza del cargo que se tenía al momento de validar el estatus pensional de la trabajadora.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las partes.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a reconocer una pensión convencional a favor de la ex trabajadora del I.S.S. en virtud de la Convención Colectiva 2001-2004 celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales – ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – Sintraseguridad social, pese a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005? Y, de ser así, ¿cumple la demandante con los requisitos para acceder a tal reconocimiento?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la Convención Colectiva y su vigencia.

El artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el Instituto de los Seguros Sociales – ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – Sintraseguridad social, señala textualmente:

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN. El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio

ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante, lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (...).”

Ahora bien y, en lo que atañe a la vigencia de la Convención Colectiva en mención, en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia CSJ SL3635 de 2020, expuso:

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y,

en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

(...)

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha. Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...)

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia”.

Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020, CSJ SL2986-2020 y CSJ SL2736-2022, del cual se concluye que la pensión prevista en el artículo 98 convencional al fijar una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2, se extiende hasta el 2017, plazo inicialmente pactado por las partes.

3.2. De la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del I.S.S.

Al punto, se hace menester rememorar la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del I.S.S., precisándose que conforme la sentencia CSJ SL6494 del 2015, sus trabajadores, por regla general, primero, fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

De esta manera y, siguiendo lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia CC C-579-96, sólo los trabajadores del I.S.S. alcanzaron la calidad de trabajadores oficiales a partir del 20 de noviembre de 1996; ello, dado que el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, señalaba que este tipo de trabajadores se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, no contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplieran funciones relacionadas con el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.

Así, sólo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del I.S.S.

3.3. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, no fue objeto de discusión:

- La señora Niebles Pardo prestó sus servicios al extinto Instituto de Seguros Sociales del 01 de octubre de 1978 al 25 de junio del 2003, desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo (fl. 7 archivo 03 y fl. 237 archivo 17);
- El 25 de mayo del 2021 presentó ante la UGPP, solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación convencional, solicitud que fue negada mediante Resolución RDP 024194 del 14 de septiembre de 2021 (fl. 35 a 41 archivo 03 y fls. 19 a 20 y 129 a 132 archivo 17);
- Contra dicho acto administrativo se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución RDP 032345 del 26 de noviembre de 2021, que confirmó al acto atacado (fl. 42 a 44 y 54 a 67 archivo 03 y fl. 22 a 35 archivo 17).

Dicho lo anterior, conforme la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados – CETIL, allegada al plenario (fl. 7 archivo 03 y fl. 237 archivo 17), se tiene que la demandante ostentó durante la relación laboral, esto es del 01 de octubre de 1978 al 25 de junio de 2003, el cargo de Auxiliar Administrativo, de lo que se concluye que, entre el 01 de octubre de 1978 al 19 de noviembre de 1996, esto es, por 18 años, 1 mes y 18 días, no ostentaba la calidad de trabajadora oficial, lo que también plasma el CETIL cuando indica que entre el 01 de octubre de 1978 y el 31 de marzo de 1997 la demandante era una empleada público, por ello, restado tal periodo al tiempo que perduró la relación laboral, se tiene que la demandante sólo acreditó como trabajadora oficial, 6 años, 7 meses y 5 días.

Al punto y, atendiendo los argumentos esbozados en la apelación, la norma en la que basa la accionante su petición pensional, esto es el artículo 98 de la pluricitada Convención Colectiva suscrita entre el Instituto de los Seguros Sociales – ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – Sintraseguridad social, señala expresamente que tendrán derecho a la pensión de jubilación allí establecida *“el trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad”* de 50 años, en el caso de las mujeres, lo que da al traste con lo argüido en el recurso, referente a se impone un requisito adicional, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

dicha prestación se adquiere con el cumplimiento de 20 años de servicios, independiente de la calidad de trabajador oficial.

Frente al particular, al resolver un caso de similares connotaciones, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3170 del 2022 Rad. 91073 M.P. Dr. Omar de Jesús Restrepo Ochoa, señaló:

“Al respecto, es preciso señalar que esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tipo de vinculación en el que deben contarse los tiempos de servicios autorizados para consolidar la jubilación derivada del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, suscrita entre el ISS y sus trabajadores agremiados. Véase lo dicho en la sentencia CSJ SL2574-2022:

A la par, en ese sentido ha adocinado que esos nuevos empleados públicos tienen un régimen salarial y prestacional legalmente establecido; incluso, no pueden beneficiarse de los derechos consagrados para los trabajadores oficiales en las convenciones colectivas de trabajo (CSJ SL17989-2017, CSJ SL3751-2020, CSJ SL 1186-2020, y CSJ SL122-2020).

Lo precedente, corresponde al propósito que tienen las CCT, en atención al artículo 467 del CST, cual es fijar las condiciones que gobernarán los contratos de trabajo, razón por la cual como los empleados públicos se rigen por una relación legal y reglamentaria, *«no pueden ser beneficiarios de aquellas, de modo que las personas que adquirieron la calidad de empleados públicos en virtud de la referida escisión, no son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y su organización sindical»*, como así se prohibió en la sentencia CSJ SL4453-2018.

Asimismo la Corte ha expresado que para ser signatario de la prestación extralegal pretendida es necesario acreditar las exigencias requeridas mientras se tiene la calidad de trabajador oficial, ya que, ante la ausencia de ello, no se genera algún derecho adquirido, sino que se mantiene una mera expectativa pensional.

Ahora bien, de cara a la interpretación de la cláusula 98 convencional objeto de examen, esta Sala patrocinó la tesis, por ejemplo en las sentencias CSJ SL644-2013, CSJ SL13641-2014, CSJ SL4929-2015, CSJ SL8158-2016, CSJ SL21088-2017, CSJ SL9443-2017 y CSJ SL1186-2020, en punto a que para acceder a la prestación deprecada, era necesario cumplir el requisito de edad como el de tiempo de servicios, en vigencia de la relación contractual con el ISS, es decir, ostentando la calidad mencionada.

Empero con la decisión CSJ SL3343-2020, en la que se hizo un nuevo estudio de la cláusula 98 de la CCT 2001-2004 suscrita entre Sintraseguridadsocial y el ISS, se modificó tal criterio en el sentido, de que:

Es necesario precisar que las convenciones colectivas de trabajo son fuente formal del derecho y, por tanto, sus enunciados normativos deben interpretarse a la luz de los principios y métodos de la hermenéutica jurídica laboral, dentro de los cuales se encuentra la favorabilidad, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política.

Por este motivo, la interpretación de las disposiciones convencionales de índole pensional debe realizarse de acuerdo con sus características y su finalidad, tal como lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL16811-2017, en la que dispuso que los textos normativos, dentro de ellos, los acuerdos convencionales, deben ser comprendidos como *«un todo y, por tanto, su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes»*, lo que naturalmente excluye interpretaciones textualistas, focalizadas en frases, palabras o expresiones elaboradas al margen de los sujetos y los contextos.

[...]

Ahora bien, la referida normativa convencional prevé lo siguiente:

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (...).

En lo que concierne a la interpretación concreta de dicha cláusula convencional, para la Corte deriva que el derecho pensional puede ser adquirido por los extrabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad.

Lo anterior, en tanto si bien el artículo alude a trabajadores oficiales, ello no excluye del beneficio a quienes tuvieron tal condición, pero arribaron a la edad enunciada con posterioridad a la finalización de sus contratos, pues dicha circunstancia no desvirtúa la calidad que una vez tuvieron: la de trabajadores oficiales al servicio de la entidad que, en últimas, es lo que exige la norma referida. [Las subrayas son de la Sala]

Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:

[...] tal como lo consideró la juez, no se acreditó que la demandante hubiera servido al ISS Sociales durante 20 años continuos o discontinuos.

En efecto, conforme a la certificación de folio 74 del expediente, la señora Forero Pinilla laboró al servicio del extinto ISS en los siguientes periodos:

INGRESO	RETIRO	VINCULACIÓN	DÍAS
22 – FEB - 1995	21 – FEB -1996	PROVISIONAL	360
22 - FEB - 1996	21 – ABR -1996	PROVISIONAL	60
31 -MAY - 1996	30 - SEP - 1996	PROVISIONAL	120
04 – OCT- 1996	03 – FEB -1997	PROVISIONAL	120
04 -FEB- 1997	31 – MAR -2015	CTO. TRABAJO	6.536
			7.196

Además, si en gracia de discusión se admitiera que la entidad accionada confesó al responder el hecho segundo de la demanda que los extremos de la relación laboral fueron el 22 de febrero de 1995 y el 31 de marzo de 2015, lo cierto es que negó que hubiera prestado sus servicios por más de 20 años, pues así se desprende de la respuesta dada al hecho cuarto del mismo escrito.

Al revisar la certificación aludida, se puede constatar que sólo a partir del 4 de febrero de 1997 la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial, que es la que eventualmente le hubiera dado derecho a recibir la pensión de jubilación convencional que reclama, y que entre el 22 de febrero de 1995 y el 3 de febrero de 1997, estuvo vinculada al ISS mediante nombramiento provisional, esto es, como empleada pública.

Sobre el asunto, en la sentencia CSJ SL678-2020 esta Sala razonó de la siguiente manera:

Pero hay más. La promotora del proceso tampoco probó haber laborado al menos 20 años en condición de **trabajadora oficial**, durante todo el tiempo de servicios.

En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del **11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública**, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: ***“El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (...)”***.

En consecuencia solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia **05001233100020080089201 (15312012)**, **proferida el 14 de diciembre de 2015:**

«[...] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial.”

En consecuencia y dado que, no se cumplen los requisitos de la norma convencional que exige al trabajador oficial 20 años de servicios, no es dable acceder a la pensión deprecada, sin que puedan ser tenidos en cuenta tiempos diferentes a los laborados en tal condición.

Corolario de lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00030 01.

Demandante: NANCY AGRIPINA NIEBLES PARDO.

Demandado: UGPP.

5. DECISIÓN

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

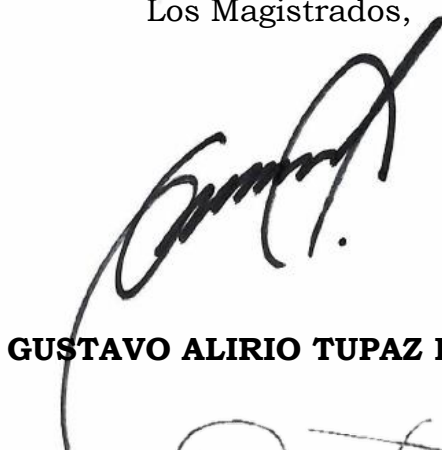
R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia apelada, conforme lo expuesto en esta providencia.

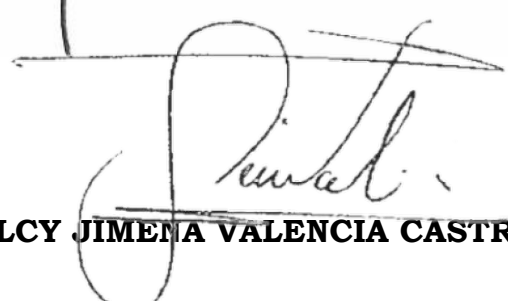
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00339 01.

Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de julio de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MARLY PALACIOS GARCÍA** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual; y a esta última a recibirla sin solución de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00339 01.

Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

continuidad y, una vez cumpla los requisitos legales, se le conceda la pensión.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción, presentando como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora MARLY PALACIOS GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía No. 31.970.031, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., el día 17 de febrero de 1997 con fecha de efectividad 18 de febrero del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARLY PALACIOS GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía No. 31.970.031, 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., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora MARLY PALACIOS GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía No. 31.970.031, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con

Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás 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 26 de febrero de 1993, 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 de la demandante la señora MARLY PALACIOS GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía No. 31.970.031, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

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

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a \$ 1.500.000, a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, indicó que, la demandante guardó silencio por más de 23 años, desde su afiliación al RAIS hasta la reclamación administrativa, respecto de la información que le fue proporcionada por parte de Porvenir S.A. para la fecha del traslado, lo que denota un “abandono” respecto de su asunto pensional, además que realizó su traslado de manera libre y voluntaria, nunca se sintió coaccionada para efectuarlo y estuvo de acuerdo con la decisión, sin que del material probatorio allegado se demostrara la falta de asesoría; además, adujo que la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera, por lo que la responsabilidad no debe recaer solamente en las hoy demandadas.

Expuso que, sí se presenta afectación a los intereses de Colpensiones, conforme lo precisado en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en lo que se refiere al principio de sostenibilidad financiera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00339 01.

Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

del sistema pensional, máxime cuando transcurrieron muchos años en los cuales la demandante no contribuyó al fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al régimen de prima media con prestación definida, lo que conlleva a un detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, señaló que los gastos de administración que se ordenan trasladar, tienen una destinación legal específica, por mandato legal, el cual fue cumplido plenamente por esa entidad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en las formas exigidas por la ley y no se encuentran en su poder, ya que fueron destinadas a cumplir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual de la actora, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos y cuyos rendimientos fueron reconocidos a la demandante.

Adujo que, en caso de que se ordene retornar todos los rendimientos financieros en el RAIS y no hasta el tope de los que se hubieran causado en el régimen de prima media, será necesario autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, ya que al fondo se le deben reconocer los gastos de administración en los que haya incurrido a favor de la afiliada para generarle esos rendimientos financieros, pues la AFP administró unos recursos ostensiblemente aumentados y tiene derecho a una compensación económica y no a un traslado plano de los recursos hacia Colpensiones, ya que, no hacerlo conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM que se termina beneficiando de una administración que no hizo, por los periodos que hoy se pretende anular.

En cuanto a los dineros que se destinaron a los seguros de invalidez y sobrevivencia, indicó que con estos se cubrió a la demandante durante toda su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, con lo que también cumplieron con la finalidad que la ley establece sin que sea admisible su devolución, además de presentarse la imposibilidad material de su devolución, pues son dineros que ya no están en poder de esa AFP.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00339 01.

Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Precisó que, la condena de indexación sobre los gastos de administración y seguros previsionales, resulta en una doble condena, ya que también se ordena el reintegro de los rendimientos, máxime cuando estos últimos resultan en sumas superiores que eventualmente permitirán a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de la AFP, que también cubren cualquier indexación o valor adicional por el que se pretenda someter a Porvenir S.A.

Finalmente, en lo que atañe a las costas y agencias en derecho, desestimada la ineficacia del traslado, deberá también desestimarse esta condena conforme el art 365 CGP

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las demandadas.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 26 de febrero de 1993 presenta aportes a tal régimen (fl. 3 archivo 15); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A. el 17 de febrero de 1997 (fl. 27 archivo 04).

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

completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 27 del archivo 04, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 17 de febrero de 1997 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que “(...) la simple firma del formulario

al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)””.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Palacios García se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (17 de febrero de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Ahora bien, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que la demandante como consumidora financiera también tiene

obligaciones, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

En cuanto a las restituciones mutuas, tema expuesto por Porvenir S.A. en su recurso, ha de señalarse que, en sentencia CSJ SL2877 del 2020 Rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a orden de indexación, no se considera que esta sea improcedente o que resulte en una doble condena, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a estas.

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por Porvenir S.A., sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00339 01.

Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

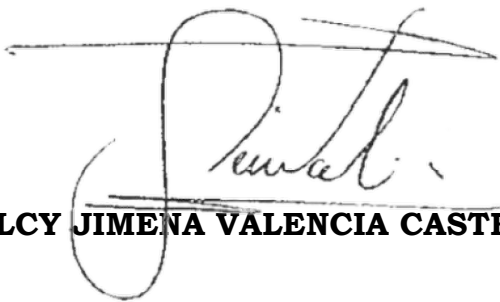
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00339 01.
Demandante: MARLY PALACIOS GARCÍA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

AUTO

Aceptar la renuncia de poder presentada por el abogado Omar Trujillo Polania, identificado con T.P. No. 201.792 del C.S. de la J., quien actúa como representante legal de la sociedad Trujillo Polania & Asociados S.A.S., como apoderado de la demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, conforme lo señalado en el escrito allegado¹.

1. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la demandada, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de julio de 2023, en proceso ordinario laboral que **BENITO IBÁÑEZ DÍAZ** adelanta contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

¹ Archivo 06 carpeta 02segunda instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que la demandada es la entidad obligada al pago de la pensión proporcional de jubilación y la pensión plena de jubilación por él causadas durante el tiempo laborado en la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Igualmente, solicita el reconocimiento y pago de la indexación de la pensión plena de jubilación, a partir del 03 de abril de 1999, así como el pago de todas y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la indexación de la pensión plena de jubilación, mes a mes, desde la fecha de causación hasta que se incluya en nómina de pensionados, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa expuso los siguientes, hechos: **1)** Durante la relación laboral que sostuvo con la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ostentó la calidad de trabajador oficial; **2)** Ferrocarriles Nacionales de Colombia, inicialmente le reconoció una pensión proporcional de jubilación de carácter especial, con efectividad a partir del 16 de mayo de 1991, fecha siguiente a la que se produjo su retiro definitivo de esa empresa, tal como consta en la Resolución No. 1195 del 11 de julio de 1991; **3)** La pensión proporcional de jubilación de carácter especial le fue liquidada teniendo en cuenta el salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio en la empresa, esto es la suma de \$310.315,84; **4)** El porcentaje asignado como pensión especial y proporcional a su retiro fue del 60% del salario promedio de liquidación, devengando en consecuencia, una primera mesada pensional por la suma de \$186.189,50; **5)** Devengó la pensión proporcional de jubilación en mención, hasta cuando cumplió la edad de 50 años, los cuales cumplió el 03 de abril de 1999; **6)** Posteriormente, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, le reconoció pensión ordinaria o plena de jubilación en cuantía del 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio, a partir del día siguiente al cumplimiento del requisito de los 50 años, conforme la Resolución No. 769 de 21 de mayo de 1999, reconociéndole, como primera mesada pensional, la suma de \$1.086.559,09, efectiva a partir del 04 de abril de 1999; **7)** La demandada reconoció y pagó la pensión plena de jubilación, adicionándole a su pensión

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

proporcional inicial, un porcentaje del 15%; **8)** El valor diferencial reconocido entre el porcentaje de la pensión especial proporcional de jubilación y el porcentaje de la pensión plena de jubilación, perdió su poder adquisitivo y se mantuvo desactualizada entre la fecha del retiro definitivo del servicio y la fecha en que le fue reconocido el derecho a la pensión plena de jubilación, debido al paso del tiempo; **9)** Se reconoció a su favor la diferencia porcentual del 15% al cumplir los 50 años de edad, sin la correspondiente indexación; **10)** Solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la indexación de la pensión plena, mediante escrito del 04 de marzo del 2022, sin que hubiere sido resuelta.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificado en debida forma, el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando como excepciones de fondo a su favor, las que denominó: cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación y la genérica.

Expuso que el accionante fue incluido en nómina de pensionados y le fueron canceladas las mesadas atrasadas correspondientes, se canceló en forma cumplida su mesada pensional debidamente actualizada, con todos los incrementos y/o reajustes de orden legal y convencional, sin que su mesada pensional haya sufrido merma alguna o haya perdido el poder adquisitivo, máxime cuando, desde el momento del retiro y el pago de la pensión proporcional de jubilación no transcurrió un tiempo significativo que haya dado lugar a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, así mismo, que desde la fecha en que tuvo derecho al reajuste y la fecha de su pago, no hubo un interregno de tiempo importante en el cual haya perdido el poder adquisitivo.

Así mismo, precisó que no hay lugar al reconocimiento de la indexación solicitada, pues no se trata de dos pensiones, sino de una sola pensión, que es la inicialmente reconocida, la que posteriormente, y luego de cumplir con el requisito de la edad de 50 años, se incrementó el valor de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

la misma a un 75%, como lo determina el artículo 7 del Decreto 895 de 1991.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la pensión plena de jubilación al señor BENITO IBÁÑEZ DIAZ tomando como valor de mesada pensional para el año 2019, la suma de \$3.042.145; para el año 2020, \$3.157.746; para el año 2021, \$3.208.586; para el año 2022, \$3.388.909; para el año 2023, \$3.833.534.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar al demandante por concepto del valor de las diferencias pensionales entre el valor pagado y el liquidado por el despacho, a partir del 04 de marzo del año 2019 hasta el 30 de Julio del año 2023, la suma de \$3.936.096 por su (sic), suma a la cual se le deberán aplicar los porcentajes correspondientes a aportes en salud.

TERCERO: CONDENAR a la demandada, FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, como ya se indicó, a tener como valor de mesada pensional de la pensión plena de jubilación para el año 2023, la suma de \$3.833.534.

CUARTO: No se condena en costas a la parte demandada.

QUINTO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a la entidad demandada, no obstante, se aclara que presentó propuesta de conciliar (sic) propuesta conciliatoria, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada.

Para sustentar su decisión, la *a quo* indicó que, el Decreto 1651 de 1991, que introduce modificaciones en el régimen de pensiones, bonificaciones e indemnizaciones, establecido por el Decreto Extraordinario 895 de 1991, para la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en su artículo 3 modifica la pensión de jubilación proporcional establecida en el artículo 7 del mentado Decreto 1651 de 1991, siendo claro que se trata de una misma pensión que, en principio es una pensión proporcional de jubilación que muta en una pensión plena de jubilación, tema respecto del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

cual se pronunciaron las sentencias CSJ SL 4178, SL 3798 y SL 2054 todas del 2022.

Expuso que, tratándose entonces de una misma pensión, para poder liquidar la pensión plena de jubilación, tenía que indexarse el último salario devengado por el trabajador al momento en que cumple los 50 años de edad, que es cuando muta la pensión de proporcional de jubilación en pensión plena de jubilación.

Finalmente, señaló que las mesadas causadas con anterioridad al 04 de marzo del 2019 se encuentran prescritas, como quiera que el demandante elevó reclamación administrativa el mismo día y mes del año 2022.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de septiembre de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. se estudiará la consulta a favor del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a indexar la pensión plena de jubilación reconocida al demandante?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

Tesis

Modificar parcialmente la decisión de primer grado.

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

3.1. Pensión proporcional de jubilación y pensión plena de jubilación de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

La pensión proporcional de jubilación y la pensión plena de jubilación de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia tienen como fundamento el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, norma que textualmente, señala:

“ARTÍCULO 7o. La Pensión de Jubilación de que trata este Artículo fue modificado por el Artículo 3 del Decreto 1651 de 1991. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia del presente Decreto o durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieran quince (15) o más años de servicio en la Empresa, tendrán derecho sin consideración a su edad, a Pensión de Jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:

- a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.
- b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.
- c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.
- d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.
- e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.
- f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.
- g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.

i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.

j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogiendo a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

PARÁGRAFO. Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años”.

En relación con dicha disposición, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia CSJ SL2054 de 2022 Rad. 89801 del 18 de mayo del 2022, Magistrado Ponente Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, en la que se indicó:

“(…) la Sala reitera el criterio vertido en su momento en las providencias CSJ SL, 07 nov. 2012, rad. 42807; CSJ SL, 05 ag. 2009, rad. 36569; CSJ SL, 07 oct. 2008, rad. 34009 y CSJ SL, 19 sep. 2007, rad. 31238, entre otras, en el sentido de que el artículo 7.º del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3.º del Decreto 1651 de 1991, en efecto describe dos (2) pensiones diferentes: ***i) la de la parte primera del artículo (pensión especial de jubilación proporcional) que tiene como requisitos acreditar 15 años de servicios exclusivos a la entidad, bien para la entrada en vigencia del citado decreto, o para la fecha en que debía culminar el proceso de liquidación -17 de julio de 1992-, sin importar la edad, y que muta en pensión plena cuando***

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

se arriba a los 50 años de edad, con lo cual se aumenta la tasa de reemplazo al 75%; y una segunda, *ii)* la del parágrafo del artículo, que exige demostrar *15 años en el sector oficial continuos o discontinuos*, de los cuales 10 deben ser servidos en forma exclusiva a la empleadora FFNN (permite la acumulación de tiempos) y 50 años de edad, a la fecha de su liquidación.

(...)

En ese orden, si bien no se equivocó el Tribunal y, por el contrario, su entendimiento conceptual se acompasa, en los específicos aspectos explicados, con el de esta Sala de Casación, lo cierto y evidente es que **el razonamiento fue incompleto y, por lo mismo, en ese particular aspecto desacertado, al arribar a la conclusión de que «cuando se reconoció la pensión plena en un 75% del salario una vez cada pensionado fallecido cumplió sus 50 años, dicho salario ya venía reajustado con el derecho pensional reconocido, esto es, la pensión especial de jubilación (subrayas de la Sala)», porque tal «reajuste» (entendido como indexación o actualización) en estas muy peculiares circunstancias, no era del todo correcto, por no ser el más favorable a los pensionados.**

(...)

Desde la perspectiva que se ha explicado, tanto en casación como ahora en instancia, el razonamiento del *a quo* no fue equivocado al considerar la procedencia de la indexación de la primera mesada; eso sí, erró al considerar que tal fenómeno tenía origen en virtud de que se trataba de dos prestaciones diferentes, la restringida y la plena de jubilación, argumentando para ello el tiempo transcurrido entre el retiro y lo que consideró el reconocimiento y pago de una *nueva* prestación, sin tener en cuenta, se itera, que tanto los causantes, como sus beneficiaras, gozaron del pago puntual desde el momento de la desvinculación, con los reajustes anuales correspondientes, sólo que llegado el momento de reconocer y pagar el derecho a plenitud, en los términos del Decreto 895 de 1991 y su modificación, los cálculos efectuados por la entidad demandada no fueron los más afortunados con los extrabajadores pensionados, razón por la cual encontró unas diferencias, mínimas, frente a lo liquidado por la pasiva.” (Negrilla fuera de texto)

3.2. De la indexación.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada el 15 de febrero de 2017, Rad 48716, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Así mismo, en la citada sentencia CSJ SL2054 de 2022 Rad. 89801, expuso:

Ahora, también es importante relieves que la Sala ha reconocido la indexación de la primera mesada en pensiones legales y también en las pensiones convencionales, primero para aquellas causadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 (CSJ SL, 31 jul. 2007, rad. 29022) y, luego, en sentencia CSJ SL736-2013 elongó su criterio, para cobijar todo tipo de pensiones causadas antes o después de la vigencia de la actual Carta Política:

De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.

Esta tesis se ha mantenido invariable hasta el día de hoy, tal como puede apreciarse en la sentencia CSJ SL1011-2021, luego ese no es motivo de discusión.

3.3. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, no fue objeto de discusión:

- El señor Ibáñez Díaz nació el 03 de abril de 1949 (fl. 16 archivo 03);
- El demandante prestó sus servicios a la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 19 de noviembre de 1973 al 15 de mayo de 1991 (fl. 36 archivo 06);
- Mediante Resolución No. 1195 del 11 de julio de 1991 le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial efectiva a partir del 16 de mayo de 1991 (fls. 7 a 8 archivo 03 y 33 a 34 archivo 06);
- Con Resolución No. 769 del 21 de mayo de 1999, se modificó la Resolución No. 1195 de 1991, para reconocer y pagar la pensión plena de jubilación a partir del 04 de abril de 1999 (fls. 10 a 11 archivo 03 y 46 a 47 archivo 06);
- El salario promedio devengado durante los últimos 6 meses y sobre el cual se efectuó el cálculo de la pensión fue la suma de \$310.315,84 (fl. 13 archivo 03 y 42 archivo 06).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

Dicho lo anterior, se tiene que mediante Resolución No. 769 de 1999 que modificó la Resolución No. 1195 de 1991, el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció pensión plena de jubilación al señor Benito Ibáñez Díaz, por un valor de \$1.086.559,09 a partir del 04 de abril de 1999, no obstante, al tenerse como fecha de terminación de la relación laboral del demandante con Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el 15 de mayo de 1991, ciertamente es necesario indexar dicha prestación, como quiera que el lapso de tiempo comprendido entre las precitadas fechas puede afectar el poder adquisitivo del dinero.

Así las cosas, ha de memorarse que, para calcular la indexación, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en basta jurisprudencia como, entre otras, la del 06 de diciembre del 2007 radicado 32020, ha adoptado la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC inicial}}$$

Donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= ingreso base de cotización

IPC Final = índice de precios al consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión

IPC inicial = índice de precios al consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas del caso de tiene²:

$$VA = \$310.315,84 \times \frac{36.42}{7.65}$$

$$VA = \$1.477.346,78$$

² IPC final: diciembre del año anterior a la fecha del cumplimiento de los 50 años – 1998.
IPC inicial: diciembre del año anterior a la fecha del retiro - 1990

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.
Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.
Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Suma que, al aplicarse el porcentaje del 75% establecido en el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, arroja un valor de **\$1.108.010,08**, suma que es casi que idéntica a la calculada por la *a quo* en el fallo hoy consultado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que fue propuesta la excepción de prescripción³, se tiene que el actor elevó petición de indexación el 04 de marzo del 2022 (fl. 1 a 6 archivo 03) y la demanda fue presentada el 31 de mayo de la misma data (archivo 01), por lo que, acertada resulta la decisión proferida en primera instancia, que declaró probada esta excepción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 04 de marzo del 2019.

Dicho lo anterior, efectuadas las operaciones del caso, se tienen los siguientes valores de mesadas pensionales:

AÑO	VALOR
2019	\$3.374.163,58
2020	\$3.481.461,98
2021	\$3.613.757,54
2022	\$3.671.939,04
2023	\$3.878.301,01

Sumas levemente superiores a las que calculó la *a quo*, por lo que, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte y, como lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, *“cuando el juez colegiado al surtir la alzada conoce también del grado jurisdiccional de consulta, tiene amplias facultades para examinar el asunto sin estar sujeto a los límites que impone el recurso de apelación o el principio de la no reformatio in pejus, dado que es su ineludible obligación el examen pleno del fallo primigenio (CSJ SL440-2021), con el fin de cumplir los fines constitucionales de la prevalencia del derecho sustancial y la garantía de un*

³ Por parte del Ministerio Público - Minuto 22:56 audiencia fecha 13 julio 2023. Archivo 24

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

*orden justo.*⁴, los numerales primero y tercero sentencia de primer grado habrán de **modificarse**, para establecer los valores antes referidos.

Así las cosas, al realizar las operaciones del caso, se tiene que las diferencias pensionales a pagar al demandante, calculadas desde el 04 de marzo del 2022 al 31 de diciembre del 2023, ascienden a la suma de **\$23.167.010,94** y en tal sentido, también se **modificará** el numeral segundo de la sentencia consultada, dejando incólume la orden de descuentos con destino al sistema general de seguridad social en salud.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – Atendiendo lo señalado en esta providencia, **MODIFICAR**, de la sentencia consultada, los siguientes numerales:

1.1. El **numeral primero** para señalar que los valores de las mesadas pensionales a pagar son los siguientes:

1.1.1. Para el año 2019, la suma de \$3.374.163,58;

1.1.2. Para el año 2020, la suma de \$3.481.461,98;

1.1.3. Para el año 2021, la suma de \$3.613.757,54;

1.1.4. Para el año 2022, la suma de \$3.671.939,04; y

1.1.5. Para el año 2023, la suma de \$3.878.301,01.

⁴ CSJ SL2681 del 31 de octubre de 2023 Rad. 92411.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00244 01.

Demandante: BENITO IBÁÑEZ DÍAZ.

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

1.2. El **numeral segundo**, para tener como diferencias pensionales a pagar al demandante, la suma de \$23.167.010,94, la cual se calculó desde el 04 de marzo del 2019 hasta el 31 de diciembre del 2023, a la cual se le deberán aplicar los descuentos correspondientes para aportes en salud.

1.3. El **numeral tercero**, para tener como valor de la mesada pensional de la pensión plena de jubilación, para el año 2023, la suma de \$3.878.301,01.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

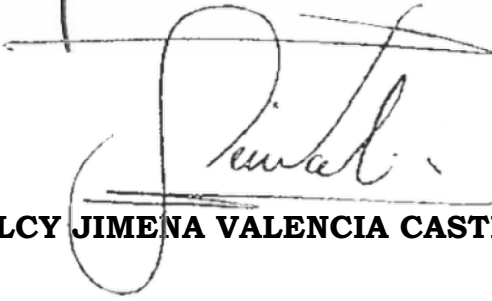
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSI

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.
Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que interpusieron **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** contra la sentencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 14 de agosto de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **LIGIA ISAZA ZULUAGA** contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó se declare la ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos que hubiera percibido; y que COLPENSIONES active, acepte y reciba su vinculación.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** (archivos 19 y 40), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. La segunda, también propuso la de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por LIGIA ISAZA ZULUAGA del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1o. de junio de 1994, a través de la AFP HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; así mismo deberá entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de los aportes realizados por la demandante durante su permanencia en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), a cargo de cada una de las encartadas.

2.4. Argumentos del Recurrente.

PORVENIR S.A. manifestó que si bien es cierto se solicitó en la demanda lo atinente a gastos de administración y seguros previsionales, lo cierto es que la Ley 100 de 1993 autoriza a los fondos privados, efectuar los descuentos por estos rubros durante la vigencia de la afiliación de la demandante; que dicha normatividad establece los valores que deben ser

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

objeto de descuento, como lo son los aportes y rendimientos, sin que se señale que se deben devolver sumas diferentes; que lo anterior, afecta a un tercero de buena fe, como lo son las compañías de seguros, pues habría que devolver un dinero por un siniestro que fue amparado en su momento; que este criterio encuentra respaldo en lo dicho por la Superintendencia Financiera; que en lo concerniente a la indexación, esta es improcedente cuando existen rendimientos, pues con estos se está actualizando el valor de los aportes, no viéndose afectado por el fenómeno de la inflación los valores de la cuenta de ahorro individual; que estos rendimientos no los hubiera tenido en caso de haber estado afiliado al régimen de prima media; y que a título de restituciones mutuas se debe autorizar a la entidad a descontar de los rendimientos, las condenas impuestas.

Por su parte, **COLPENSIONES** manifestó que se deben revocar las costas impuestas, puesto que esto acarrearía un detrimento patrimonial, ya que, no tuvo injerencia en el acto de afiliación y fungió netamente como un tercero de buena fe.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admiten los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1 De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de agosto de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

historia laboral obrante a folios 26 a 29 del archivo 19; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 12 de mayo de 1994 (fl. 33 del archivo 35).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 33 del archivo 35, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 12 de mayo de 1994 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora ISAZA ZULUAGA se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de mayo de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que, únicamente indicó que fue informada acerca de la existencia de los dos regímenes pensionales, la forma de calcular el monto de la pensión de vejez, términos de permanencia y régimen de transición, así como indicó que su traslado tenía como fin dar ejemplo para lograr afiliaciones, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

laboraba como asesora comercial del fondo demandado, no obstante señalar que, carecía de información pues la que se le suministró fue en una capacitación muy corta y que incluso, tuvo que estudiar el tema por su cuenta y acudir a profesores de su carrera de Derecho para entender mejor las consecuencias de los traslados; luego, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

En igual sentido, CSJ SL4322-2022 ha explicado que *“por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020”*. Lo dicho, también se encuentra de conformidad con CSJ SL2613 del 2022.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de PORVENIR S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, es acertada la sentencia en cuanto a que se ordena que PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes pensionales, rendimientos, comisiones, bono pensional, gastos de administración, seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos. Asimismo, no discurre la Sala que con ello se esté generando un enriquecimiento sin causa, puesto que los valores que ingresaron al fondo demandado,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

deberán restituirse debidamente actualizados, pues por el paso del tiempo se ha generado sobre ellos depreciación monetaria.

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

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

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLPENSIONES en primera instancia, es acertada la condena en costas.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.

Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

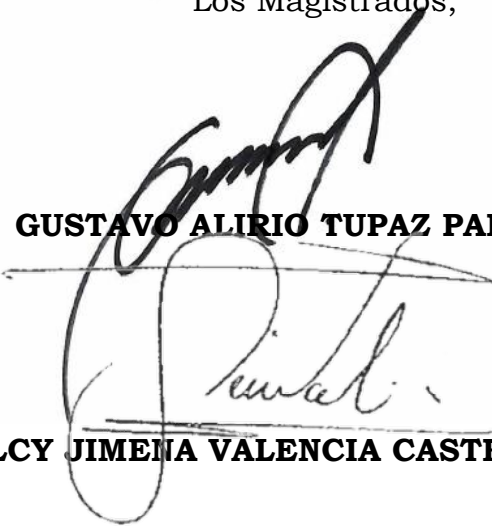
DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00221-01.
Demandante: LIGIA ISAZA ZULUAGA.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.


J. LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLFONDOS S.A. a la abogada Eliana Andrea de la Barrera González identificada con la C.C. 1'069.493.228 de Sahagún (Córdoba) y T.P. 314.0358 del C.S. de la j., de conformidad con el poder allegado.

2. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de agosto de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que **CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ** adelanta contra las recurrentes y **PROTECCIÓN S.A.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., así como su traslado posterior a COLFONDOS S.A.; en consecuencia, solicita se traslade los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como, dineros obrantes en la cuenta individual, rendimientos, cuotas de administración, y demás descuentos realizados; y que COLPENSIONES reciba tales valores.

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

3.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A.** (archivo 07, 09 y 10), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda, también propuso la de compensación.

3.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado a PROTECCION S.A. realizado por la accionante **CLAUDIA ADELA RIVERA MENDEZ** el **24 de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

noviembre de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de igual manera se declara ineficaz los traslados horizontales realizados con posterioridad, a COLFONDOS S. A., el 15 de junio de 2004, y de COLFONDOS S. A. a PROTECCIÓN S. A., el 22 de marzo de 2014, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., actual administradora a la que se encuentra afiliada la Demandante, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones **-COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, De igual manera deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que realizó a la Demandante durante el tiempo de permanencia por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S. A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones **-COLPENSIONES** todos los descuentos que realizó durante el tiempo de permanencia de la Demandante en este Fondo, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de esos dineros que efectúen **PROTECCIÓN S.A, y COLFONDOS S.A**, para que proceda a activar la afiliación de la actora, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral de la misma en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por COLPENSIONES, que denominó PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA. De igual manera se declara NO PROBADA la excepción denominada **PRESCRIPCIÓN** propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las **DEMANDADAS**, las que se tasan en la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE a cargo de cada una.**

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada **COLPENSIONES**, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

3.4. Argumentos de la Recurrente.

COLFONDOS S.A. señaló que hay una indebida valoración de la prueba, pues no se tuvo en cuenta las confesiones de la demandante,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

señalándose que con la sola firma del formulario se hace presumir la presencia del asesor; que los traslados dentro del régimen no se hacían por un interés particular, se hacían por injerencia del empleador, lo que nos lleva a pensar que este realizaba tales traslados sin la existencia de la voluntad de afiliación de la demandante, pudo haber girado a PROTECCION S.A. tales valores, a fin de congraciarse con este fondo por los servicios de vigilancia que prestaba; que la anterior valoración afecta la congruencia de la demanda; que en cuanto a la devolución de los aportes, de los descuentos realizados para los gastos de administración y primas de reaseguro, estos se efectúan por mandato legal; que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 no le daba opción al fondo que recibir a la demandante, por demás que no obra en el plenario prueba alguna de que no se hubiera realizado una administración juiciosa que generará rendimientos; que el artículo 1746 del C.C. regula asuntos de nulidad, pero pese a que esta línea fue abandonada en 2014, las primas de seguros provisionales se pagaron y se seguirán pagando hasta el momento en que se haga efectiva la sentencia, pero sin estas sumas los rendimientos que se ordena devolver no existirían, de modo que si las cosas deben volver las cosas a su estado anterior; que por ende los rendimientos pueden estar en cabeza del fondo, pues se propuso la excepción de compensación, por demás que los que se generan en este son muy superiores a los que se hubieren generado en COLPENSIONES; que se debe revocar el valor de las costas, pues se administraron adecuadamente los recursos y no tuvo injerencia en el traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** dijo que no se evidencian vicios del consentimiento que generen la nulidad del acto; que no hay elementos que permitan establecer que no se cumplió con el deber de información, se dio cumplimiento al mismo y en consecuencia de ello, no existen elementos para determinar la ineficacia del acto; y que se debe tener presente el tiempo de vinculación de la accionante en el RAIS, ya que, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

evidencia con ello, que fue deseo de la accionante permanecer bajo la cobertura de este sistema.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que cual fue utilizado por el apoderado de COLFONDOS S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

4. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A., así como sus traslados posteriores dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar parcialmente la decisión de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

4.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, se avizora que la demandante estaba afiliada al I.S.S. desde el 01 de marzo de 1985, pues así quedó registrado en la historia laboral obrante en el archivo 08; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., el 24 de noviembre de 1994 (fl. 64 del archivo 10).

Aclarado lo anterior, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

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

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

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

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

4.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a PROTECCIÓN S.A., no es menos cierto que obra formulario SIAF donde consta su afiliación el 24 de noviembre de 1994 (fl. 64 del archivo 10) y que al dar contestación al hecho 2 de la demanda, esta A.F.P. acepta que la señora Rivera Méndez realizó su afiliación (fls. 3 del archivo 10); además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que PROTECCIÓN S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada A.F.P. podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora RIVERA MENDEZ se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (24 de noviembre de 1994)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

Es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Por ello, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, en ese sentido no es dable acoger los argumentos expuestos por COLFONDOS S.A. en el sentido de que se declare la excepción de compensación frente a los rendimientos que se generaron a favor de la demandante. Así, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta incluir los aludidos valores (CSJSL2173-2022), por tanto considera la Sala acertado el numeral segundo de la sentencia, en cuanto a que se ordenó a PROTECCION S.A. la restitución de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; no obstante, se hace necesario **MODIFICAR tal numeral** como quiera que es menester imponer que **tales rubros en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

Así mismo, es acertado imponer a **COLFONDOS S.A.** la restitución de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

mínima; sin embargo, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que **tales rubros en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

En cuanto a esta indexación se aclara que no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLFONDOS S.A. se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga, por lo que es acertada la decisión del A Quo en este sentido.

5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

6. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que los rubros que se imponen a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. se deben pagar debidamente **indexados** al momento de hacerse efectivo su pago.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00304 00.

Demandante: CLAUDIA ADELA RIVERA MÉNDEZ.

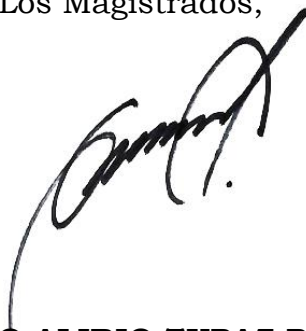
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

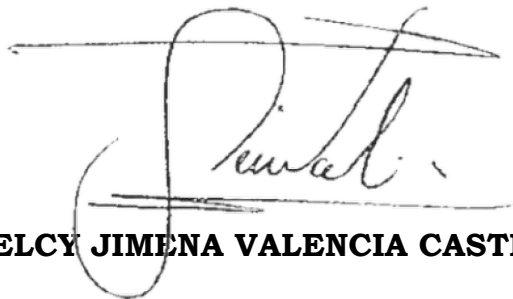
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2022-00358 -01.

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 08 de agosto de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Davivir Pensiones y Cesantías hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como su traslado posterior a **PORVENIR S.A.**; que no se encuentra desvinculado del régimen de prima media; y que debe retornar de forma automática a **COLPENSIONES**. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.S** a trasladar a **COLPENSIONES**, aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos con todos sus frutos o intereses debidamente

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

indexados; que se reconozcan perjuicios; y que COLPENSIONES active su afiliación y actualice su historia laboral.

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

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (archivos 04, 05 y 07) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de JOSÉ ABEL GALINDO AYALA a través de DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización de perjuicios.

CUARTO: SIN COSTAS.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES adujo que se debe modificar el numeral segundo en cuanto a que se debe condenar a PORVENIR S.A. a devolver los valores pagados por gastos de administración y seguros previsionales por invalidez y muerte.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de octubre de 1978 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 65 a 68 del archivo 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el 01 de mayo de 1996 (fl. 26 del archivo 02).

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

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 26 del archivo 02 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de mayo de 1996 con Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Galindo Ayala se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de mayo de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 21 de marzo de 2003 (fls.28 del archivo 02), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía este fondo de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

Por lo expuesto y, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES además de cotizaciones y rendimientos, los valores que hubiere recibido por concepto de **bono pensional, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima**; todos estos rubros debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, es **dable MODIFICAR el aludido numeral**, en el sentido de **ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A. debe devolver con destino a COLPENSIONES, los valores pagados por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía**; todo ello, debidamente **indexado**.

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

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

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

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

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

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES además de cotizaciones y rendimientos, los valores que hubiere recibido por concepto de **bono pensional, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima;** todos estos rubros debidamente **indexados.**

ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A. debe devolver con destino a COLPENSIONES, los valores pagados por concepto de **comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y**

Demandante: **JOSÉ ABEL GALINDO AYALA.**

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

porcentaje destinado a pensión de garantía; todo ello, debidamente **indexado.**

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

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

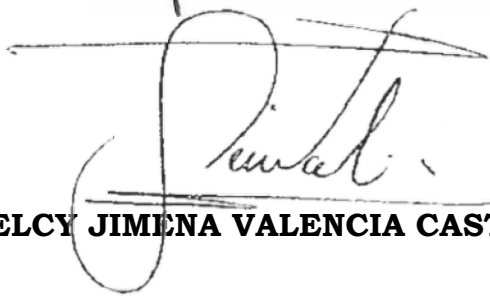
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.

Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.

Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 03.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **WILMAR RIAÑO CAMACHO** interpuso contra la sentencia que el 10 de julio de 2023 profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **ITAÚ CORPBANCA S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El actor pretendió que se declare de la demandada le ha vulnerado su derecho a la igualdad previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo - C.S.T., y la Ley 1496 de 2011, como quiera que los trabajadores Darío Carmona Ramírez y Mauricio Antonio Bedoya Ospina ocupan su mismo cargo, no obstante, devengan un salario superior; y que el cargo de Asesor Especial tiene funciones regladas y se ejerce a nivel nacional en condiciones similares. En consecuencia, solicitó la reliquidación y pago de las diferencias por concepto de salarios, primas de servicios, vacaciones, cesantías, prestaciones convencionales, aportes a pensión; intereses; sanción por no consignación de cesantías, indexación y el pago del salario reajustado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.

Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.

Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a trabajar con el hoy BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., el 7 de febrero de 1996 mediante contrato laboral por obra o labor contratada el cual se convirtió a término indefinido por decisión del Banco; agregó que durante su vida laboral recibió varios ascensos de cargo que no siempre conllevaron aumentos de salario, pese a su experiencia, capacitación y cumplimiento de metas; es así como en el 2005 ascendió al cargo de subgerente, renunció al sindicato, pero su salario no fue ajustado por lo que en el mes de septiembre de 2017 solicitó la nivelación salarial de acuerdo con sus compañeros de cargo, pero fue rechazado por el empleador y que al igual que sus compañeros con los que se compara, son beneficiarios de la convención colectiva (Archivos 01 y 09demandada.pdf).

2.2. Respuesta a la Demanda.

ITAÚ CORPBANCA S.A. contestó la demanda y aceptó la fecha de inicio del contrato, la modalidad, el cargo y el salario asignado, no obstante, frente a su nivelación agregó que no ha generado discriminación alguna en contra del actor por su remuneración, la cual se halla ajustada a la convención, al cargo y a la ley laboral. Propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho y la genérica (ver archivo 024contestademandada.pdf).

2.3. Actuación procesal relevante.

Una vez trabada la litis, el 7 de abril de 2022, en audiencia de que trata el artículo 77 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, el *a quo* declaró probada la excepción previa de cosa juzgada, como quiera que dentro del proceso 2011 00368 existe identidad de partes, de causa y de objeto, al concurrir las mismas partes, las mismas las pretensiones y con hechos idénticos (ver archivo 17).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.

Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.

Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

No obstante, tal decisión fue apelada y esta Sala, mediante proveído del 31 de enero de 2023, decidió revocar la decisión al no constatar que los trabajadores con lo que se compara el actor hubiera sido objeto de estudio por parte del Juzgado 12 laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá.

2.4. Providencia Recurrida.

Se trata de la sentencia que el juzgado de instancia profirió el 10 de julio de 2023, mediante la cual puso fin a la litis en los siguientes términos (Archivo 38actayaudiencia.pdf):

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **WILMAR RIAÑO CAMACHO** y el **BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A** existe un contrato de trabajo que fue a término fijo a partir 5 de noviembre de 1996, que se prologo hasta el 4 de noviembre de 1997 y cambio a la modalidad a término indefinido a partir del 5 de noviembre de 1997, encontrándose en la actualidad vigente.

SEGUNDO ABSOLVER a la parte **DEMANDADA** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y en consecuencia **DECLARAR DEMOSTRADAS** y probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho; propuestas por la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la **PARTE ACTORA** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2023.

CUARTO: Si la presente sentencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la parte actora trabajadora, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que existen razones objetivas que justifican la diferencia salarial solicitada por el actor frente a sus compañeros de trabajo Darío Carmona Ramírez y Mauricio Antonio Bedoya Ospina, pues a pesar de que ocupan su mismo cargo, i) el demandante fue objeto de fusión de empresas de su hoy empleador, lo que implica que al existir varios empleadores que luego se unen en una sola razón social es lógico que persistan la diferencia de salarios, ii) aunado a que el demandante no inició a laborar como cajero como sus compañeros, sino en otro cargo y iii) que su caso, respecto de su salario, fue definido en un proceso judicial por parte del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá.

2.5. Del recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, el actor apeló la sentencia y fundamentó su recurso bajo el argumento que no es razón suficiente que el banco demandado haya sido objeto de varias fusiones legales, pues los trabajadores con los que se comparó también vienen del Banco Comercial Antioqueño, sumado a que entre ellos existen tiempos de antigüedad idénticos y si bien el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá decidió sobre el caso particular del actor, la sentencia no fue incorporada al proceso con lo cual se desconocen los motivos que haya tenido ese juzgado para definir de fondo la litis.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 5 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de agosto de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que Wilmar Riaño Camacho tiene derecho a que se declare en su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.

Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.

Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

favor la nivelación salarial de acuerdo con el principio a *trabajo igual salario igual*, previsto en el Art. 143 del CST?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. Del principio a *trabajo igual salario igual*.

El artículo 143 del CST modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, dispone: “1. *A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*”.

Es así como el principio “*a trabajo igual, salario igual*” no es absoluto ni de aplicación inexorable, por cuanto exige que el cargo desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra, tal y como lo consagra la mencionada norma.

Bajo esa línea, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene consolidado el criterio, según el cual, quien pretende la nivelación salarial por haber desempeñado otro cargo tiene la carga probatoria de demostrar el puesto que desempeña y la existencia de otro trabajador que se desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia, para con base en ello trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.

Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.

Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

diferencia remuneratoria. En efecto, en la sentencia CSJ SL15023-2016 reiterada en providencia CSJ SL2673-2023 enseñó:

Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación.

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia.

Por cuanto más allá de los criterios enlistados en el artículo 143 del CST, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en señalar que es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas que no respondan al arbitrio del empleador o a odiosas diferencias originadas en el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica del trabajador, tal y como lo prohíbe el art. 13 de la C.P. de 1991 y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia, a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva en las relaciones de trabajo subordinado (Sentencia CSJ SL12814-2016 reiterada CSJ SL491-2023).

3.2. Caso concreto.

Así, y con fin de resolver el problema jurídico, es pertinente indicar que no fue motivo de discusión en esta instancia que el demandante inició a laborar el 5 de noviembre de 1996 y que actualmente desempeña el cargo de Asesor Especial, mediante contrato a término indefinido, por lo que la sala entra a verificar los argumentos del actor en su recurso tienen asidero.

Es así como el primero de ellos va encaminado a que no es suficiente el banco demandado haya sido objeto de varias fusiones legales para mantener la desigualdad del actor frente a sus compañeros Darío Carmona Ramírez y Mauricio Bedoya Ospina, pues son trabajadores que también vienen del Banco Comercial Antioqueño. Al respecto, se aportaron contratos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.
Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.
Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

de trabajo (fls. 121, 127, 285 y 287 archivo 24escritocontesacion.pdf) y certificaciones laborales de cada uno de ellos (fls. 147, 149 y 151, ibid.), en los que se logra extraer los siguientes datos:

Ítem	Wilmar Riaño Camacho	Darío Carmona Ramírez	Mauricio Bedoya Ospina
Modalidad de contrato	Indefinido	Indefinido	Indefinido
Fecha de inicio	5 de noviembre de 1996	19 de febrero de 1982	6 de mayo de 1998
Salario inicial	\$314.539	\$11.500	\$386.000
Cargo inicial	Supernumerario Cajero	Cajero Mixto	Cajero
Cargos desempeñados	Supernumerario Cajero, cajero Principal y Asesor Especial	Cajero mixto, cajero auxiliar, cajero y Asesor Especial	Cajero y Asesor Especial
Cargo a 2021	Asesor Especial	Asesor Especial	Asesor Especial
Salario a 2021	\$3.117.752	3.316.182	\$4.049.206

De lo anterior, se puede deducir que, con excepción de Darío Carmona, el demandante y Mauricio Bedoya tienen una fecha de ingreso idéntica, así como los cargos ocupados y el que desempeñan con corte a fecha de certificación; por ello, de tratarse de un comparativo por tema el tema de antigüedad, como lo propone el recurrente, sería con Mauricio Bedoya.

Ahora, si bien el salario inicial (1998) de este último con el demandante resulta ser casi idéntico (\$386.000 y \$389.233, respectivamente), para el año de 2021 la diferencia se amplía un poco más (\$\$3.117.752 y \$4.049.206), la cual corresponde al 47% de su salario para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.
Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.
Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

el año de 2015, que, según la mencionada certificación laboral, corresponde a una *nivelación*:

AÑO	CARGO	INGRESO TOTAL	%	MOTIVO CAMBIO SUELDO
2013	ASESOR ESPECIAL	\$ 1,631,827	7.5%	CONVENCIONAL
2014	ASESOR ESPECIAL	\$ 1,713,745	5%	CONVENCIONAL
2015	ASESOR ESPECIAL	\$ 2,521,796	47%	NIVELACION
2015	ASESOR ESPECIAL	\$ 2,711,480	7.5%	ESPECIAL Y UNICO CAJERO

Por lo que, al contrastarlo con su testimonio rendido en instancia, se evidencia tal incremento obedeció a una orden judicial, así lo indicó el deponente: *“Si, en el año 2015 yo recibí un aumento salarial por una sentencia sobre nivelación salarial. Presenté la demanda en el año 2005, y en 2015 el Tribunal Superior de Medellín me niveló junto con otro compañero que también es asesor especial de Medellín”*.

En ese orden, a juicio de esta Sala, se estaría ante una razón objetiva de la diferencia remuneratoria consistente en una sentencia judicial, la cual independientemente de los argumentos que Mauricio Bedoya haya expuesto y probado en su juicio, no implica que tal decisión se aplique automáticamente al demandante, pues no debe dejarse de lado que las providencias judiciales están fundadas en las pruebas allegadas al proceso (Art. 167 del CGP) y no en conjeturas o en la aplicación de casos similares.

En consonancia con lo anterior, tampoco puede ser parámetro de comparación con el demandante el caso de Darío Carmona, por cuanto se trata de un trabajador que ingresó a la demandada 14 años antes que actor, y si bien entre ellos existe una diferencia sutil entre sus salarios, la misma se funda en razones de antigüedad.

Por último, frente al argumento del recurrente relacionado con que el Juzgado 12 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá decidió sobre su caso particular y que la sentencia no fue incorporada al proceso por lo que se desconocerían los motivos que haya tenido ese juzgado para definir de fondo la litis, es menester afirmar que contrario a lo dicho, a folio 43 a 76 del archivo *24escritocontestacionbanco.pdf*, se incorporaron como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.

Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.

Demandado: ITAÚ CORPBANCA SA.

pruebas los fallos de primera y segunda instancia y en ellos claramente no se definió el caso del actor, más cuando esta sala tuvo la oportunidad de reafirmarlo en providencia del 31 de enero de 2023 (referenciada en los antecedentes), en la que se decidió revocar la declaratoria de cosa juzgada de primera instancia, al constatar que los trabajadores con lo que se compara el actor no fueron objeto de estudio por parte del referido juzgado de instancia.

Por lo expuesto, se confirmará la decisión del *a quo*, pero por las razones aquí esgrimidas.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 10 de julio de 2023, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

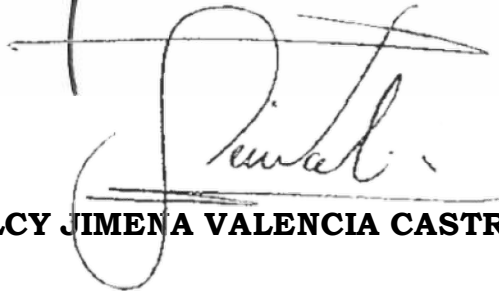
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00265-02.
Demandante: WILMAR RIAÑO CAMACHO.
Demandado: ITAÚ CORRIENTE SA



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00304 -01.

Demandante: **MIGUEL ANTONIO RUSSI DOMÍNGUEZ.**

Demandado: **EQUIPOL S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MIGUEL ANTONIO RUSSI DOMÍNGUEZ** contra la providencia que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 21 de julio de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **EQUIPOL S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 06 de junio de 2012 y el 31 de agosto de 2018; que se debía realizar incremento salarial anual conforme al incremento del I.P.C.; y que la relación laboral finiquitó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de su salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social en salud, pensiones y A.R.L. desde el 01 de enero de 2015; indemnización por despido sin justa causa; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 06 de junio de 2012 ingresó a laborar al servicio de la demandada, mediante contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de Impresor; **2)** Prestaba sus servicios de forma persona, cumplía las órdenes impartidas por su empleadora, así como un horario de trabajo de 7:00 A.M. a 4:30 P.M. de lunes a viernes, y de 7:00 A.M. a 12:30 P.M. los sábados ; **3)** El salario al inicio de la relación laboral era de \$1'144.000; no obstante, únicamente se pagaba \$1'100.000. En 2013, su salario era la suma de \$1'150.000, 2014, \$1'200.000, y luego nunca le fue incrementado, pese a que los salarios de sus compañeros sí aumentaron; **4)** En junio de 2017 se le ordenó prestar sus servicios en la empresa Todo Plástico, la que estaba ubicada en Fontibón, motivo por el que tenía que tomar dos transportes para poder llegar a las instalaciones de esta; **5)** Dicho cambio sería únicamente por un mes; sin embargo, se le indicó que para seguir trabajando debía vincularse a tal empresa y presentar su carta de renuncia, lo que no aceptó; **6)** Regresó a las instalaciones de EQUIPOL S.A.S., quien empezó a desmejorar sus condiciones laborales, asignado funciones ajenas a su cargo, tales como, lavado de baños, carros y barrer. Igualmente, le retuvo tres quincenas en 2018; **7)** El 23 de marzo de 2018 presentó derecho de petición, solicitando a su empleador justificación de las desmejoras, así como lo convocó ante el Ministerio de Trabajo, donde no se arribó a ningún tipo de acuerdo; **8)** El 01 de agosto de 2018 se le informó el cambio de su cargo al de Operador de Máquina para Plásticos, para lo cual se le solicitó firmar otro sí; sin embargo, no estaba capacitado para el manejo de tal máquina, por demás que esta emitía altas temperaturas y un alto nivel de sustancias tóxicas, y no contaba con elementos de protección; **9)** Fue citado a descargos el 03 y 10 de agosto de 2018, con el fin de que firmara el otro sí, pero, no firmó; motivo por el que fue suspendido de su labor del 15 al 18 de agosto de 2018; **10)** El 28 de agosto de 2018, la empresa lo encontró junto con su compañero Cesar Leonardo Acero Castro estar usando teléfonos celulares en horario laboral, frente a lo que manifestó en descargos que estaba contestando una llamada de la secretaria de la empresa, Marcela Gutiérrez; pese a ello, se le impuso memorando, no siendo así con su compañero de labor a quien sólo le entregó un llamado de atención; **11)** El 31 de agosto de 2018 presentó carta de renuncia teniendo como motivación la persecución laboral enunciada; la que no fue aceptada por la empresa,

quien solicitó su reintegro y lo requirió en diversas oportunidades para explicar las razones de su renuncia. El trabajador, no se reintegró dadas las razones expuestas en su carta de renuncia; y **12)** No le han pagado indemnización por despido sin justa causa.

2. Respuesta a la Demanda.

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

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, modalidad, extremos temporales, cargo, el suministro de órdenes, horario de trabajo, salario de 2012 en la suma de \$1'100.000, salario de 2013 y 2014, y la falta de incremento salarial; la prestación del servicio del actor a Todo Plástico por un mes; la presentación de un derecho de petición, la citación al Ministerio del Trabajo, así como la falta de acuerdo; la solicitud de cambio de cargo al actor; el llamado a descargos ante la falta de firma del otro sí; el memorando por uso de celular en el desempeño de la labor; la prestación de la carta de terminación por parte del actor y la solicitud de reintegro por parte de la empresa, que no se atendió; y la falta de pago de indemnización por despido sin justa causa.

Adujo que no estaba obligado a realizar ningún tipo de aumento salarial, pues el salario del actor estaba por encima del mínimo legal; y que no existe prueba alguna de la persecución que se alega por parte del actor, pues en ningún momento ha desplegado actividades para lograr la renuncia o para despedir al trabajador.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que está acreditada la existencia del contrato de trabajo, modalidad, y extremos temporales; que no existe controversia que quien terminó el contrato de trabajo fue el demandante, lo que hizo dice se fundamenta en actos de persecución que a

su juicio había desplegado el empleador, los que no fueron enunciados en la carta de terminación; que no puede tenerse en cuenta la misiva remitida con posterioridad, puesto que ya no podía alegarse hechos o actuaciones diferentes a las que debieron ser descritas en la terminación inicial; que el incremento del salario únicamente se presenta cuando se devenga un salario mínimo legal, lo que encuentra fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; y que de igual manera, no se acreditó un trato discriminatorio, pues no hizo alusión a un trabajador con quien se pudiera realizar la comparación, en cuanto calidad, eficiencia, experiencia, y estudios.

4. Argumentos de la Recurrente.

EQUIPOL S.A.S. señaló que se demostraron las omisiones en que incurrió el empleador con los medios probatorios allegados, testigos, interrogatorios de parte, y documental; que con la contestación de la demanda se negaron hechos que eran de transcendental importancia para el trabajador; que sí hubo claridad al momento de presentarse la renuncia de los hechos que la motivaban, pues se dijo que fue por lo narrado en derechos de petición previamente remitidos; que en todo caso, dichas circunstancias se le narraron de forma verbal al representante legal de la demandada, quien no quiso recibirla de manera física, y la envió por escrito posteriormente; que se allegó documental con la que se prueba los incumplimientos de su empleador, lo que además guarda coherencia con los testigos e interrogatorios de parte; y que el incremento salarial no se realizó por razones meramente subjetivas, fue al actor al único de los trabajadores que no se le aumentó su salario, tal y como se evidencia en comprobantes de pago y en el testimonio de Efraín Muñoz, quien tenía el mismo cargo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible considerar reajustar el salario del demandante al no haberse efectuado un incremento anual y/o ser el único trabajador de la empresa que no se le realizó? y, ¿se acreditó la existencia de un despido indirecto?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Incrementos Anuales Conforme I.P.C. Nivelación Salarial.

En cuanto a los **incrementos anuales conforme al I.P.C.**, ha sido criterio pacífico de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia que, en tanto el salario no sea inferior al mínimo legal, el juez no puede ordenar su reajuste conforme al índice de precios al consumidor, pues no existe disposición normativa que así lo establezca (CSJ Rad, 15406 del 13 de marzo de 2001, CSJ Rad. 40759 del 26 de junio de 2015, CSJ SL1558-2016 y CSJ SL3481-2020).

Así las cosas, y como quiera que el salario del demandante siempre fue superior al mínimo legal mensual, no puede el juez del trabajo ordenar su indexación o el reajuste, porque no existe norma que así lo ordene, por lo que, en consideración de tal fundamentación no se accederá a tal pedimento.

Ahora y en cuanto a la **nivelación salarial**, se rememora que, el principio “*a trabajo igual, salario igual*” no es absoluto ni de aplicación inexorable, por cuanto exige que el cargo desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra, tal y como lo consagra la mencionada norma.

Así mismo, CSJ SL15023-2016 y CSJ SL2673-2023 tiene consolidado el criterio, según el cual, quien pretende la nivelación salarial por haber desempeñado otro cargo tiene la carga probatoria de demostrar el puesto que desempeña y la existencia de otro trabajador que se desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia, para con base en ello trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia remuneratoria.

Dicho esto, debe mencionar la Sala que no encuentra que la parte actora hubiera acreditado tales supuestos, pues no obra ningún tipo de trabajador con quien se pueda efectuar la aludida comparación en términos de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, y de experiencia, por lo que no sería procedente una nivelación salarial.

En todo caso, y específico frente al trabajador Efraín Muñoz Ocampo, quien se menciona podía ser objeto de comparación, es menester tener en cuenta que aunado a que no se solicitó en el libelo genitor tal cotejo, no se encuentra que desarrollara las labores en los términos expuestos, pues este al rendir testimonio indicó que era Tornero, que llevaba 17 años al servicio de la demandada, que la labor del actor era de Impresor, y que esta función estaba tan escasa que incluso tuvieron que llevarlo a otra empresa por un tiempo, por lo que, en tales condiciones no es dable considerar que desempeñaban funciones similares con las que se puede nivelar su salario al de este.

En ese orden de ideas, no se accederá a la nivelación salarial solicitada, por demás que no se encuentra que el trabajador hubiere sido

objeto alguno de discriminación al realizarse tal incremento frente a los demás trabajadores, pues aunado a que el empleador, como se dijo, no estaba en la obligación de reajustar su salario, las labores que realizó frente a los demás trabajadores no son comparables con las que él ejecutaba como se sentó en precedencia, máxime si se tiene en cuenta que el testigo aludido así como testigo Marcela del Carmen Gutiérrez Salazar fueron claras en manifestar el poco trabajo que había en el área donde el actor desempeñaba su función.

Despido Indirecto.

El despido indirecto es el resultado de la acción que de manera consciente y por iniciativa propia realiza el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. (CSJ Rad. 44155 del 26 de junio de 2012 y CSJ SL1082-2020).

En igual sentido, CSJ SL16373-2017 y CASJ SL2423-2018 ha dicho que para que se configure, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador debe ser sistemático, sin razones válidas, y debe estar relacionado inescindiblemente con los hechos configurativos de la justa causa invocada; de lo que debe entenderse por sistemático, regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que se ha tomado la conducta o el propósito de incumplir.

Así mismo, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia establecida en el artículo 64 del C.S.T. modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la carga de la prueba se invierte, de manera que, a la parte actora, además de demostrar el hecho de la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de

renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador (CSJ SL14877-2016 y CSJ SL16373-2017).

Finalmente, es menester señalar que si empleador, frente a la terminación del trabajador, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es a él a quien le corresponde el deber de probarlos (CSJ Rad. 5272 del 22 de abril de 1993 reiterada en la CSJ SL417-2021).

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que en la carta que remitió el trabajador a su empresa el 31 de agosto de 2018 se dijo expresamente (fl.40 del archivo 01):

“Por medio de la presente me permito comunicarle que he decidido dar por terminado a partir de la fecha, el contrato suscrito por justa causa imputable a la empresa.

Esta decisión se fundamenta en las causales informadas anteriormente y las cuales a la fecha se siguen presentando”.

De esta manera, considera la Sala que le asiste razón a la A Quo, pues ciertamente no se estableció con claridad la razón de la terminación por parte del trabajador, pues conforme a lo expuesto era obligación del trabajador según CSJ Rad. 44155 del 26 de junio de 2012 y CSJ SL1082-2020, por mencionar algunas, poner en conocimiento del empresario, los hechos o motivos que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral; no obstante, en los términos que se presentó la carta, no es posible colegir claramente las razones que motivaron su renuncia, pues como se dijo, únicamente se refirió que “Esta decisión se fundamenta en las causales informadas anteriormente y las cuales a la fecha se siguen presentando”, sin informar cuales eran tales causales que al momento de su terminación se seguía presentando.

Por las mismas razones, no puede colegirse que la carta de terminación se fundamentó en lo enunciado en derechos de petición previamente enviados al empleador, pues esto no se logra desprender de su lectura; aspecto que como se ha dicho no debía mencionarse verbalmente como se sugiere en el recurso de apelación, sino por el contrario debía ser informado con el escrito contentivo de la renuncia.

De igual manera, no se desconoce que el empleador no aceptó inicialmente tal retiro; sin embargo, este no podía obligar al trabajador a permanecer laborando al servicio de la empresa o reintegrarse a esta, por demás que al iniciar y llamar al trabajador a descargos, este fue claro mediante misiva del 10 de septiembre de 2018, en reiterar que había presentado su renuncia, y entregado su puesto de trabajo (fls. 41, 46, 52 y 53 del archivo 01); momento a partir del cual se procedió por el empleador a realizar su liquidación definitiva de prestaciones sociales.

Frente a tal carta, debe mencionarse que incluso este tampoco satisfizo el requisito aludido, pues en esta el actor se limitó a expresar que el 31 de agosto de 2018 había informado su renuncia, la entrega del puesto de trabajo, y que esto lo hizo estando presente otros trabajadores en horario laboral. Por tanto, y ante la imposibilidad de conocer con la carta de terminación cuáles fueron los hechos que motivaron la terminación de la demandante, se considera acertada la decisión de la A Quo en absolver a la demandada por concepto de indemnización por despido sin justa causa, por lo que, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de julio de 2023 por parte del Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00304 -01.

Demandante: **MIGUEL ANTONIO RUSSI DOMÍNGUEZ.**

Demandado: **EQUIPOL S.A.S.**

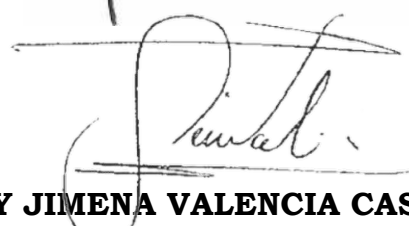
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señala a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$300.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2020-00354 -01.

Demandante: **RUBIELA LOZANO CARDOSO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PROTECCIÓN S.A.** contra la providencia que el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de septiembre de 2023, en proceso ordinario laboral que adelanta **RUBIELA LOZANO CARDOSO** contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Maximiliano Martínez Carrillo, a partir del 12 de agosto de 2019 en cuantía equivalente al 50%. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El señor Maximiliano Martínez Carrillo falleció el 11 de agosto de 2019;
2) Contrajo nupcias con el señor Martínez Carrillo el 28 de septiembre de 1996; unión de la que nació Lesly Carolina Martínez Lozano el 17 de diciembre de 1996; **3)** El 16 de septiembre de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes; no obstante, la demandada la negó mediante oficio del 16 de

Demandante: **RUBIELA LOZANO CARDOSO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

abril de 2020, en consideración a que no se acreditó cinco años de convivencia; y **4)** Solicitó reconsideración de la decisión; sin embargo, el 23 de junio de 2020 se confirmó la decisión inicial.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que existía controversia en cuanto al derecho pretendido, ya que, también se presentó a solicitar la pensión Lesly Carolina Martínez Lozano, hija del causante; y que de la investigación administrativa se pudo establecer que desde 2002 el causante no convivía con la demandante.

2.2. Integración Parte.

Mediante auto del 15 de diciembre de 2021 se dispuso vincular a **LESLY CAROLINA MARTÍNEZ LOZANO** (fls. 67 y 68 del archivo 01), quien no presentó oposición a las pretensiones de la demanda de RUBIELA LOZANO CARDOSO, señalando que la prestación se debía reconocer a favor de esta (archivo 07).

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: CONDENAR a PROTECCION S.A. a reconocer y pagar a RUBIELA LOZANO CARDOZO la pensión de sobreviviente por ocasión del fallecimiento de su cónyuge MAXIMILIANO MARTINEZ CARRILLO (Q.E.P.D.), a partir del 11 de agosto de 2019 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, la cual deberá pagarse en 13 mesadas al año.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de imposibilidad de reconocer la prestación económica a RUBIELA LOZANO CARDOZO, buena fe, prescripción, propuestas por PROTECCION S.A.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION S.A. a pagar a RUBIELA LOZANO CARDOZO la suma de \$ 36.113.250 por las mesadas causadas entre 19 de agosto de 2019 hasta el 31 de agosto de 2023 y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Demandante: **RUBIELA LOZANO CARDOSO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

CUARTO: Se **CONDENA** a PROTECCION S.A. a pagar a RUBIELA LOZANO CARDOZO al pago de intereses moratorios a partir del 16 de noviembre de 2019 sobre cada una de las mesadas adeudadas hasta la fecha en que se efectuó su pago.

QUINTO: ABSOLVER a PROTECCION SA de las demás pretensiones invocadas en la demanda por RUBIELA LOZANO CARDOZO.

SEXTO: CONDENAR a PROTECCION S.A. en la suma de \$1'160.000 como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que el régimen pensional aplicable es la Ley 797 de 2003, en consideración a la fecha de fallecimiento del causante; que en cuanto a la convivencia, jurisprudencialmente, se ha establecido que la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, puede acreditar los cinco años de convivencia en cualquier tiempo, no siendo así con la compañera permanente quien debe demostrar los cinco años de convivencia antes del fallecimiento del causante; que del acervo probatorio es dable establecer que la señora LOZANO CARDOSO contrajo nupcias el 28 de septiembre de 1996 con el causante y que si bien operó una separación de bienes, no se presentó divorcio; que según investigación realizada por la demandada es dable establecer que convivió hasta 2002, lo que también se puede corroborar del interrogatorio de parte de la hija de la actora; que por lo anterior, están acreditados por lo menos cinco años de convivencia; que el reconocimiento pensional debe ser desde el 11 de agosto de 2019, pues pese a que existía otra beneficiaria dispuso el pago únicamente a favor de su hija, debiendo dejar en suspenso únicamente el 50% mientras se decidía lo pertinente por la justicia ordinaria; que se pagará la prestación sobre 13 mesadas, pues se causó con posterioridad del Acto Legislativo 01 de 2005; que al demandarse dentro de los tres años, no hay lugar a declarar la excepción de prescripción; que hay lugar a intereses moratorios, como quiera que, no se dejó en suspenso la prestación; y que por lo anterior, no se impone indexación.

4. Argumentos de la Recurrente.

PROTECCIÓN S.A. explicó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, es requisito para acceder a la prestación la pertenencia de la beneficiaria al núcleo familiar, de manera que, la falta del consorte le genere una carencia económica o afectiva; y que en los interrogatorios de parte se

logra establecer que no se determinan las fechas exactas de la supuesta convivencia, para verificar si se cumplió con el requisito de cinco años.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a estas para alegar, lo que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de Rubiela Lozano Cardoso?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Cónyuge Supérstite.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad.

41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Maximiliano Martínez Carrillo -11 de agosto de 2019- (fl. 12 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, es necesario precisar que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 regula el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando no hay duda sobre la convivencia al momento de la muerte; y por su parte, el literal b) de la misma disposición prevé, el caso de la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, lo que implica que no hay cohabitación para la época del deceso.

En ese sentido, en cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, lo que aplica cuando se está frente al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando no existe duda sobre la convivencia al momento de la muerte, por manera que, en tal caso, la cónyuge que pretenda la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado debe acreditar no solo tal condición, la de cónyuge, sino también la *“convivencia vigente para el momento de la muerte”* así como la conformación y pertenencia al núcleo familiar (CSJ SL1575-2023).

Sin embargo, cuando se está frente al presupuesto contenido en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016, ha aceptado ante tal controversia que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien si bien en este presupuesto no se le exige

convivencia al momento de la muerte, debe acreditar cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Del mismo modo, se esclarece que, conforme a CSJ Rad. 45038 del 13 de marzo de 2012, CSJ SL18068-2016, CSJ SL14498-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL3405-2018, CSJ SL3505-2018, y CSJ SL2335-2019, el referente para determinar el derecho del cónyuge supérstite separado de hecho o de cuerpos a la pensión de sobrevivientes, es la subsistencia del vínculo matrimonial, es decir que no haya divorcio, *“por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho”*, siempre que se compruebe la convivencia entre los contrayentes durante el lapso y las condiciones que exige la ley.

Así mismo, CSJ SL359-2020 y CSJ SL966-2021 ha enseñado que al cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por ley demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En efecto, según CSJ SL910-2023 *“la anterior línea de pensamiento ha tenido como finalidad proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional, materializando el principio fundamental de la solidaridad, que se predica de quien acompañó al causante en una etapa de su vida y con quien hasta el momento de su muerte mantuvo el vínculo matrimonial vigente”*.

Así las cosas, y efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Martínez Carrillo falleció ostentando el estatus de afiliado, y que RUBIELA LOZANO CARDOSO alega la calidad de cónyuge separada de hecho, por lo que al no existir certeza de la convivencia al momento de la muerte, debía acreditarse por parte de esta, cinco años de convivencia en cualquier tiempo.

Al punto, obra en el plenario registro civil de matrimonio que da cuenta que la actora contrajo nupcias con el causante el 28 de septiembre de 1996, y que dicha unión nació Lesly Carolina Martínez Lozano el 17 de diciembre de 1996 (fls.10, 11, 15 y 16 del archivo 01). Igualmente, la demandada allegó junto con la contestación informe de investigación del 15 de marzo de 2020 elaborado por Logística Empresarial Segura, quien manifestó que la actora y el causante convivieron de manera continua hasta el año 2002, fecha en la que se separaron por inconvenientes y conflictos de pareja, que la actora inició una relación sentimental con el señor Alexander Peralta en 2003, y que el 12 de abril de 2005 se hizo una separación de bienes entre la actora y el exánime (fls. 28 a 51 del archivo 03)

De igual manera, a juicio compareció a rendir declaración Lesly Carolina Martínez Lozano, quien dio cuenta que sus padres vivieron aproximadamente hasta el año 2003; que después de esto, la relación de sus padres era formal, se comunicaban por temas de su crianza; que el causante nunca presentó alguna otra pareja después de la separación con su madre; y que era ella quien realizaba los cuidados médicos de su padre en horario diurno.

Conforme a ello, es dable considerar que, la convivencia de tal pareja se presentó desde el 28 de septiembre de 1996, siendo razonable establecer que convivieron hasta el primer día de 2002, pues hasta esta calenda, se acreditó en la investigación realizada por el fondo demandado sin establecerse día y mes, esto es, hasta el 01 de enero de 2002. Por tanto, se tiene por acreditada una convivencia de 5 años, 4 meses y 4 días con la señora LOZANO CARDOSO, con lo que se demuestra plenamente la convivencia exigida como cónyuge supérstite.

Como consecuencia de lo anterior, y al no encontrar asideros los argumentos de la demandada, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Demandante: **RUBIELA LOZANO CARDOSO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte considerativa.

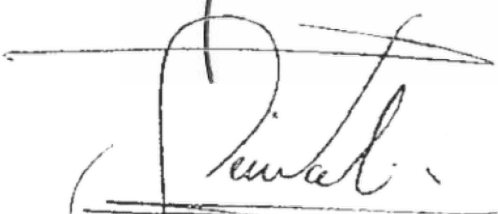
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2020-00354 -01.

Demandante: **RUBIELA LOZANO CARDOSO.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

AUTO

Se señalan a cargo de PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho la suma de \$500.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written in a cursive style.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.
Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**
Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ y MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO** contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 27 de julio de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta el primer recurrente contra la segunda recurrente, **INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S., y los HEREDEROS INDETERMINADOS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de mayo de 1993 con los demandados; y que en 2017 se le asignó como factor salarial (sic), la suma de \$936.250. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de aportes a seguridad social en pensiones teniendo como base salarial el valor consignado por cesantías; vacaciones de 2017 a 2020; dotaciones; cesantías e intereses a las cesantías de 2003 y 2009 a 2016; sanción por no consignación de las cesantías de 2003, y 2009 a 2017; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 01 de mayo de 1993 ingresó a laborar al servicio de JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO, mediante contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de Mayordomo; **2)** El señor ARANGO APARICIO falleció el 07 de agosto de 2014; **3)** El 01 de enero de 2015 suscribió contrato a término indefinido con INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. a través de la señora MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO; **4)** Para 2015 se determinó como factor salarial (sic) un salario mínimo; **5)** No se tuvo en cuenta el salario que realmente devengó para efectos de realizar aportes a seguridad social; **6)** En 2017 suscribió nuevo contrato con la señora MARTÍNEZ DE ARANGO, determinándose un factor salarial (sic) de \$936.250; **7)** En dicho contrato, se reconoció la existencia de un contrato de trabajo con JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO hasta que este falleció, y que a partir de ese momento operó sustitución patronal con la señora MARTÍNEZ DE ARANGO; **8)** Tenía un horario de trabajo de 7:00 A.M. a 9:00 P.M. de miércoles a lunes; descansaba el día martes; **9)** Laboró festivos que fueron compensados como día ordinario; **10)** Devengaba más de un salario mínimo; empero, ante la falta de comprobantes de nómina acepta tal suma como salario hasta 2017, fecha a partir de la cual devengó \$936.250; **11)** No se le realizaron aportes a seguridad social conforme al salario realmente devengado; **12)** Su última asignación salarial fue \$1'077.263, contrario a lo que se avizora en sus aportes a seguridad social; **13)** Pernoctaba en la finca Santa María del Lago, lugar donde desempeñaba sus funciones; **14)** Recibió órdenes de la demandada, esposo e hijos; **15)** Sólo se realizaron aportes a salud desde 2006, no le suministraron dotaciones, no le realizaron aportes a cesantías, así como tampoco le concedieron vacaciones en los años deprecados; y **16)** El 13 de febrero de 2018 solicitó a Porvenir S.A. información acerca de sus aportes a pensiones y cesantías, sin que esta hubiera emitido respuesta.

2. Respuesta a la Demanda.

La **pasiva** (archivos 05 a 07) se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

Aceptaron la existencia de una relación laboral desde el 01 de mayo de 1993 con el señor JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO.

Adujeron que una vez ocurrió el fallecimiento del señor ARANGO APARICIO, se sustituyó el contrato de trabajo a su esposa, MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO, por lo que, los herederos del primero no tuvieron injerencia alguna en la relación laboral, por demás que estos nunca emitieron órdenes al actor de ninguna naturaleza; que el señor ARANGO APARICIO falleció el 17 de agosto de 2014; que la señora MARTÍNEZ DE ARANGO cumplió con la totalidad de obligaciones que estaban a su cargo; y que en ningún momento el actor presentó solicitud de las acreencias laborales que reclama; que

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre JOSÉ ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ y MARIA EUGENIA MARTINEZ DE ARANGO existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 01 de mayo de 1993 al 30 de diciembre de 2020; dada la sustitución patronal con ocasión al fallecimiento de José Agustín Arango Aparicio (QEPD).

SEGUNDO: DECLARAR que JOSÉ ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ, durante su vínculo laboral devengó un salario así:

- Del 01 de mayo de 1993 al 30 de septiembre de 2017 un SMLMV para cada anualidad.
- Del 01 de octubre de 2017 al 30 de diciembre de 2019 devengo como salario la suma de \$936.250
- Y para el año 2020 devengo como salario la suma de \$1.077.263.

TERCERO: CONDENAR a. MARIA EUGENIA MARTINEZ DE ARANGO a cotizar al sistema General de Pensiones donde se encuentra afiliado JOSÉ ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ, el porcentaje que corresponda de los aportes adeudados, entre el 01 de mayo de 1993 al 30 de septiembre de 2017 y del 01 de noviembre de 2018 al 30 de diciembre de 2020, teniendo como I.B.C., el salario acreditado en juicio, juntos con sus intereses y demás emolumentos que liquide Colpensiones o el fondo al cual esté afiliado el demandante y que deberán ser consignados en el mismo. Para el efecto dicho fondo deberá realizar el respectivo cálculo actuarial de lo debido conforme a su deber legal. Como Ingreso Base de Cotización, se tendrán en cuenta los salarios declarados en el artículo segundo de la presente providencia.

CUARTO: ABSOLVER a MARIA EUGENIA MARTINEZ DE ARANGO de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: ABSOLVER a INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA y a los HEREDEROS DEL SR JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO, Sres. MARIA DEL PILAR ARANGO MARTINEZ, ESTEBAN ARANGO MARTINEZ, VERONICA ARANGO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

MARTINEZ, MARIA ANGELICA ARANGO MARTINEZ y AGUSTIN ARANGO MARTINEZ de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a MARIA EUGENIA MARTINEZ tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existió controversia que el demandante estuvo vinculado con JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO del 01 de mayo de 1993 hasta la fecha de su fallecimiento, 17 de agosto de 2014; que a partir de tal deceso se acreditó que quien fungió como empleadora del actor fue la esposa del exánime, MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO, quedando en cabeza de esta la relación laboral mediante sustitución patronal; que dicha relación finiquitó el 30 de diciembre de 2020 en virtud de la renuncia presentada por el trabajador; que se tendrá como salario hasta el 30 de septiembre de 2017 el mínimo, pues este se aceptó en la contestación de la demanda; que el salario del 01 de octubre de 2017 al 30 de diciembre de 2019 se tendrá en la suma de \$936.250 conforme contrato obrante en el plenario, y la del 2020 en \$1'077.263 según lo dispuesto en interrogatorio de parte de la señora MARTÍNEZ DE ARANGO y la liquidación final; que al rendir interrogatorio de parte, el demandante tuvo una conducta evasiva y confusa, motivo por el que se tuvo como cierto los hechos de la contestación de la demanda referente al pago de prestaciones sociales y vacaciones, máxime si se tiene en cuenta el dicho de los testigos; que no hay lugar a dotaciones, pues no se acreditó el perjuicio por su falta de reconocimiento; que se acreditó el pago de los salarios de octubre de 2017 a octubre de 2018, no siendo así con los demás por lo que es dable ordenar su reconocimiento; y que no se impone sanción por no consignación de las cesantías, sin embargo, no es dable ordenar esta pues o directamente o través del respectivo fondo, por demás que las causadas con anterioridad a al 17 de febrero de 2019 se encuentra prescritas, pues se demandó el mismo día y mes de 2022.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que está demostrado que existió una relación laboral con la totalidad de los demandados, pues la sociedad Arango Martínez realizó aportes a pensión, pagos y expidió certificaciones a favor del trabajador, por demás que se demostró que la finca hace parte de la

sociedad y los mismos herederos manifestaron que impartieron algunas órdenes; que fueron los mismos demandados en la contestación de la demanda, los que entregaron un listado donde determinaban los salarios, por lo que, debe tenerse en cuenta estos al momento de la liquidación de los aportes a seguridad social y el resto de las pretensiones; que frente a las cesantías, la obligación legal era consignar a un fondo, lo que no sucedió, se buscó que el mismo trabajador hiciera los aportes como independiente para derruir esa obligación; que el trabajador no tiene mayor educación, nunca había estado ante un juez, a él nunca se le sugirió ningún tipo de respuesta, y su actuar en el interrogatorio fue producto del nerviosismo y del olvido de las cosas, por lo que, el indicio en su contra debe ser revaluado; que es evidente que si hubo pagos del actor como independiente lo que se quería era desdibujar la relación laboral, por demás que se debía cumplir con lo establecido en la norma, consignar en un fondo, con lo que no puede tenerse como buena fe su actuar; que José Ramírez dijo que él fue quien cubrió las vacaciones y que quien le pagaba era el mismo demandante, no demostrándose fehacientemente el reconocimiento de vacaciones; y que este mismo testigo dijo que nunca se le suministró dotación.

Por su parte, **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO** manifestó que al expediente se aportaron las planillas de pago de aportes a pensión desde 2006 a 2020, por lo que, no sería procedente la condena; que frente a los periodos anteriores, el actor pretende de mala fe beneficiarse, pues él recibió directamente estos pagos y es él quien está desconociendo todos los reconocimientos que se le efectuó; y que por lo anterior, tampoco sería procedente el pago de costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la pasiva para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible considerar que INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA LTDA. y los herederos de JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO fueron empleadores del trabajador?, ¿son acertados los salarios que tuvo el A Quo para imponer las condenas?, ¿es dable considerar que el actuar del demandante en interrogatorio de parte permite tener como ciertos los hechos de la contestación de la demanda atinentes al pago de prestaciones sociales y vacaciones?, ¿se encuentra acreditado el pago de cesantías, vacaciones, dotaciones y aportes a seguridad social en pensiones?, ¿es factible considerar que la demandada incurrió en mala fe, y por ende, imponer sanción por no consignación de las cesantías? y ¿hay lugar a costas a cargo de la pasiva?

Tesis

Revoca parcialmente y modifica la decisión de primer grado.

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

Sustitución de Empleadores.

La sustitución de empleadores se presenta cuando se cambia de empleador, de titular de la empresa, sin que el establecimiento cambie de identidad, de manera tal que se no efectúa modificación de las actividades o negocios esenciales, y se continúan con las actividades empresariales, tal como se dispone en el artículo 67 del C.S.T.

Explica CSJ SL3003-2020 y CSJ SL1751-2021 que una lectura literal del citado artículo conduciría a establecer que los requisitos de la

sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), y la subsistencia de la identidad del negocio. Sin embargo, la jurisprudencia desde antaño ha introducido un tercer elemento que es la continuidad en la prestación del servicio, el cual está implícito en la noción de “sustitución de patronos” (CSJ Rad. 3535 del 24 de enero de 1990).

Entonces, de acuerdo con lo que enseña la jurisprudencia reiterada de dicha Corporación, se puede decir que la sustitución patronal es resultado de la concurrencia de las tres condiciones anteriores, de modo que, si falta al menos una, no hay sustitución de empleadores en los términos del artículo 67 del C.S.T.

Ahora, y en cuanto a la muerte del empleador, tiene adocinado CSJ Rad. 7755 del 07 de marzo de 1996, reiterada en CSJ SL2346-2019 y CSJ SL1479-2020 que ante la muerte del empleador, sus herederos no pasan a ser sus representantes en los términos previstos en el artículo 32 del C.S.T., sino que entran a ocupar su lugar en las diferentes relaciones jurídicas y en lo que al contrato de trabajo se refiere, suele darse la sustitución de empleadores en los términos previstos por el artículo 67 *ejusdem* o, si es del caso, se produce la subrogación de la deuda laboral pendiente después de terminado el nexo laboral.

Dicho esto, no existe controversia que el demandante inició su vínculo laboral el 01 de mayo de 1993 con el señor José Agustín Arango Aparicio, quien falleció el 17 de agosto de 2014. En ese orden de ideas, y al tratarse de una persona natural conforme quedó expuesto, resulta apenas consecuente que se tenga como sustitutos aquellos a quienes se transmitió luego de su deceso sus créditos laborales, lo que se encuentra en cabeza inicialmente de quien fungía como cónyuge o compañera permanente, así como liquidadas estas uniones, de sus herederos.

Por tanto, la solicitud de sustitución patronal en cabeza de la señora MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO y de los herederos resulta apenas razonable, pues bajo tal óptica es claro que resulta en virtud de la

sustitución patronal empleadores del actor, quien sin ningún tipo de solución de continuidad siguió laborando a sus servicios en la finca Santa María del Lago.

Igualmente, es menester aclarar que dichos demandados en ningún momento acreditaron que entre ellos se hubiera presentado algún tipo de cesión de derechos herenciales ni que como consecuencia de la repartición, la finca donde el actor prestó sus servicios quedó en cabeza de uno o varios herederos, por lo que en tales condiciones es posible tenerlos como empleadores.

En cuanto a la empresa INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. si bien no se cuenta con documento en el que se dé cuenta que dicha empresa adquirió la finca o algún porcentaje de esta, la señora Verónica Arango Martínez al rendir interrogatorio de parte aceptó que esta tenía actualmente el 50%, por lo que es claro en ese sentido que ha resultado beneficiaria de los servicios prestados por el demandante.

De esta manera, le correspondía a tal empresa desvirtuar el elemento de la subordinación; aspecto que no se logró, pues si bien los testigos **Santiago Luna, José de Jesús Magaña Martínez** y los herederos del señor José Agustín Arango Aparicio, **Verónica, Esteban, y Agustín Arango Martínez** señalan que la única empleadora era MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO, lo cierto es que en el plenario, obra contrato de trabajo y certificación donde se da cuenta que dicha empresa también fungía como empleadora (fl.25 y 28 a 30 del archivo 01).

Sobre las certificaciones emitidas por el empleador, se rememora que, en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en ellas, deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida; no obstante, y como quedó visto no sólo se aceptó en interrogatorio de parte que la empresa demandada era propietaria del 50% de la finca

donde el actor prestó sus servicios, sino además obra prueba documental que da cuenta una vinculación para desarrollar el mismo objeto que tenía con difunto José Agustín Arango Aparicio.

Así las cosas, es dable considerar que no sólo MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO fungía como empleadora del causante, sino también los herederos del señor José Agustín Arango Aparicio y la empresa INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S., quienes deberán responder en igualdad de condiciones, pues no existe prueba alguna de la que se pueda colegir que porcentaje de los créditos labores del actor quedó en cabeza de cada uno de ellos. Conforme a ello, se **REVOCARÁ el numeral quinto y se MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. y los HEREDEROS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO también fueron empleadores de JOSÉ ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ, en los términos expuestos en este numeral.

Salarios.

Aduce la parte actora que en el plenario se allegó un listado donde consta el salario del demandante; sin embargo, además no obrar en el plenario el listado aludido, pues lo que se allegó fue el pago de aportes a seguridad social, lo cierto es que en la demanda, el demandante se allanó a que se tuviera en cuenta un salario mínimo hasta 2017, así como adujo que a partir de tal calenda su salario era la suma de \$936.250, mismo valor que tuvo en cuenta el A Quo hasta 2019.

Finalmente, la parte actora en su demanda también manifestó que su última asignación fue la suma de \$1'077.263, rubro que fue tenido en cuenta por el juez de conocimiento para el año 2020, último año de labor del accionante (hechos 9, 15 y 19 de la demanda; fls. 7 a 9d del archivo 01), por lo que, en tales condiciones, es claro que fue el mismo demandante que aceptó tales valores por concepto de salario desde el libelo genitor, por lo que, no es dable imponer uno superior, máxime si se tiene en cuenta que esta Corporación carece de facultades ultra y extra petita.

Al respecto, se rememora que, el sentenciador de única y primera instancia es quien posee facultades *ultra y extra petita* (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021), y según CSJ SL440-2021 el juzgador de segunda instancia no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a la relación jurídico procesal y lo trazado por el demandante al momento de presentar su libelo introductor, por lo que, debe observar estrictamente aquellas cuestiones controvertidas por las partes en el recurso vertical, en virtud de los principios de congruencia y consonancia.

Confesión Presunta en el Interrogatorio de Parte.

El artículo 205 del C.G.P. establece que la inasistencia del citado a la audiencia de interrogatorio de parte, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

No obstante, para dar aplicación a tales normas, CSJ Rad.27060 del 23 de agosto de 2006, CSJ SL2298-2021 en donde dijo que para tener como prueba la confesión presunta que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos. Así y dado que la presunción que estableció el juez de conocimiento señaló de forma genérica al momento que el demandante estaba rindiendo interrogatorio de parte que “(...) *se le tendrán esas respuestas evasivas y la falsedad para compulsar copias a la Fiscalía y a las respuestas evasivas para tener por ciertos los hechos de la contestación de la demanda por ese comportamiento*”,

De esta manera, y dado que el A Quo no dejó constancia ni determinó los hechos que presumiría como ciertos al momento de rendirse el interrogatorio de parte, no es dable tener en tales términos la confesión presunta declarada, por lo que, se acudirá a los demás probatorios para determinar el pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda.

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el 151 del C.P.T.S.S., según los cuales, las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

En ese orden de ideas, y dado que se logró la interrupción de la prescripción únicamente con la prestación de la demanda, lo que acaeció el 17 de febrero de 2022 (fl.97 del archivo 01) se tiene que las acreencias laborales causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2019 se encuentran prescritas, no siendo así con las cesantías y aportes a pensión, pues CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010 y CSJ SL5291-2018 señala que las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral y, que los aportes a pensión son imprescriptibles. Por tanto, se **MODIFICARÁ la sentencia en sentido de ADICIONAR que se DECLARA PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** frente a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2019, con excepción de cesantías y aportes a seguridad social en pensiones.

Prestaciones Sociales y Vacaciones.

Establece el numeral segundo, cuarto y quinto de las pretensiones condenatorias del libelo genitor que se debe reconocer cesantías e intereses a las cesantías de 2003 y 2009 a 2016, y las vacaciones de 2017 a 2020 (fls. 12 y 13 del archivo 01).

Al punto, sea lo primero tener en consideración que como consecuencia de la declaratoria del fenómeno prescriptivo los intereses a las cesantías de 2003 y 2009 a 2016 se vieron extinguido por el paso del tiempo, pues la última se hizo exigible el 01 de febrero de 2017. En igual sentido,

las vacaciones de 2017 se vieron afectadas por dicho fenómeno, pues al iniciar la relación laboral el 01 de mayo de 1993, corresponde al periodo del 01 de mayo de 2016 al 30 de abril de 2017, vacaciones que se harían exigibles el 01 de mayo de 2018, por lo que no se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo frente a estas.

Así las cosas, se estudiará si hay lugar al pago de las cesantías de 2003 y 2009 a 2016, pues como se dijo esta prestación se hace exigible con la terminación del vínculo laboral, lo que acaeció el 30 de diciembre de 2020, presentados demanda dentro de los tres años, se itera, el 17 de febrero de 2022. Igualmente, se verificara si hay lugar al pago de las vacaciones por los periodos del 01 de mayo de 2017 al 30 de abril de 2018, 01 de mayo de 2018 al 30 de abril de 2019, 01 de mayo de 2019 al 30 de abril de 2020, y 01 de mayo de 2020 al 30 de diciembre de 2020, pues las primeras se hicieron exigibles el 01 de mayo de 2019, y como se dijo operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2019.

Dicho esto, es menester recordar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto. En similar sentido CSJ SL2918-2023 señaló que según los artículos 1625, 1626, 1627, 1628 y 1757 del CC, aplicables por la remisión del artículo 19 del C.S.T., el pago de una obligación requiere para su demostración la plena correspondencia entre lo que se otorga y la contraprestación a la que se convino, esto es, las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que lo realizó, dando cuenta que se honró los compromisos legalmente impuestos, en la cuantía y la periodicidad obligada.

En ese sentido, le correspondía a la pasiva demostrar que honró sus obligaciones laborales. Así, encuentra la Sala que a folios 26, y 31 a 38 del archivo 07 se acreditó el pago de las cesantías deprecadas en Horizonte Fondo de Pensiones y Cesantías y/o Porvenir S.A. sobre sumas incluso superiores al salario mínimo, por lo que no se impondrá condena por tal rubro.

En cuanto a las vacaciones aludidas, se tiene que tales periodos son equivalentes a 53 días de descanso, y que en la liquidación final de prestaciones sociales se pagó alrededor de 48,60 días (fl.96 del archivo 07), no teniéndose una constancia clara de se efectuaron o no los demás pagos por tal concepto, ya que de las constancias de folios 122 a 125 del archivo 07, no se extrae con certeza su pago, pues no se hace alusión al nombre del actor, firma de este ni obra consignación de los mismos a su favor.

En este punto, se aclara que las manifestaciones de los testigos sobre este pago, son insuficientes pues el pago de tales valores se acredita eminentemente con prueba documental ante la falta de confesión del trabajador.

Por ende, se condenará por los días que no han sido sufragados por concepto de vacaciones, esto es, 4,4 días, lo que asciende a **\$157.998,57**; en consecuencia, se **MODIFICARÁ la sentencia** en el sentido de ADICIONAR que se condena a MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO, INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. y a los HEREDEROS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO por concepto de vacaciones en la suma aludida.

Dotaciones.

De vieja data, CSJ Rad. 10400 del 22 de abril de 1998, anotó *“que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y a favor de la afectada”*. Lo dicho también puede ser consultado en la sentencia CSJ SL4974-2020.

Así las cosas, era necesario que se acreditara un perjuicio por la presunta falta de suministro de dotaciones, aspecto sobre el cual no se avizora prueba alguna en el plenario, de manera que deviene inviable imponer condena alguna sobre este aspecto.

Aportes a Pensión.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*. Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*, y el artículo 22 *ejusdem* señala el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, y que el *“empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

Así las cosas, observa la Sala que se condenó por los aportes de el 01 de mayo de 1993 al 30 septiembre de 2017 y del 01 de noviembre de 2018 al 30 de diciembre de 2020. Frente al primer periodo, ciertamente no obra constancia de su pago ni afiliación durante tal época, siendo plausible en tal sentido condenar por concepto de cálculo actuarial por tal periodo, mientras que de los segundos si bien se allegó planillas que dan cuenta de su pago (fls. 42 a 118 del archivo 07), estas no establecen de forma clara y concreta el I.B.C. que tomó para la liquidación de cada pago, por lo que, se considera que el empleador deberá asumir las diferencias que pudieran existir entre el I.B.C. que se tuvo en cuenta para pagar tales aportes y los declarados en el numeral segundo de la sentencia, si existieren, las que se deberán pagar con la correspondiente mora. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia fin de realizar tales precisiones.

Frente a tal condena, se aclara que cuando no se demuestra la afiliación del trabajador al sistema general de seguridad social, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que procede es el pago de tales aportes a través del cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador o el que elija este (CSJ

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

SL4328-2021), mientras que el pago incompleto o la falta de pago de aportes cuando media afiliación se debe pagar a través de mora.

Sanción Por No Consignación de las Cesantías.

Al punto, se hace menester recordar que los términos prescriptivos de las cesantías y de la sanción por su no consignación no transitan por igual camino, en tanto su exigibilidad surgen en épocas diferentes, toda vez que el primero, se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010,) mientras que el segundo, nace en los términos del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, por tanto, se contabiliza desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda las cesantías causadas y que se dejaron de consignar, por ende, su exigibilidad emerge desde tal día (CSJ Rad. 35.630 del 01 de febrero de 2011, reiterada en la CSJ SL2512-2020 y CSJ SL912-2023).

De esta manera, es claro que operó el fenómeno prescriptivo sobre las cesantías que se solicita la sanción, esto es, 2003 y 2009 a 2017, puesto que, como quedó visto, operó el fenómeno extintivo de las acreencias laborales anteriores al 17 de febrero de 2019, siendo la última anualidad referida exigible el 15 de febrero de 2018. Por tanto, no se accederá a tal pedimento.

Indexación.

Al punto, se rememora que la imposición de la indexación, es posible realizarla oficiosamente, pues no comporta una condena adicional, se erige como una garantía constitucional (art. 53 C.P.), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (CSJ SL359-2021), por lo que, se ordenará el reconocimiento de las vacaciones objeto de condena debidamente indexadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

Costas de Primera Instancia.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que, al resultar la sentencia contraria a los intereses de MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO era dable su imposición, así como a INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. y los HEREDEROS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO, por se hará extensiva tal condena a cargo de estos.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR el numeral quinto** de la sentencia.

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que **INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. y los HEREDEROS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO también fueron empleadores** de JOSÉ ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.

TERCERO. –. **MODIFICAR la sentencia** en el sentido de ADICIONAR que se **DECLARA PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** frente a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2019, con excepción de cesantías y aportes a seguridad social en pensiones.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**

Igualmente, se ADICIONA la sentencia en el sentido de disponer que se CONDENA a MARÍA EUGENÍA MARTÍNEZ DE ARANGO, INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. y a los HEREDEROS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO a reconocer y pagar por concepto de **vacaciones** la suma de **\$157.998,57**; suma que se deberá pagar debidamente **indexada** al momento de hacerse efectivo su pago.

CUARTO. –. **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de precisar que los aportes del 01 de mayo de 1993 al 30 septiembre de 2017 se deben pagar mediante cálculo actuarial, y que frente a los aportes por el periodo del 01 de noviembre de 2018 al 30 de diciembre de 2020, el empleador deberá asumir las diferencias que pudieran existir entre el I.B.C. que se tuvo en cuenta para pagar tales aportes y los declarados en el numeral segundo de la sentencia, si existieran; diferencias que se deberán pagar con la correspondiente mora.

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

SEXTO. –. Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán ser impuestas también a INVERSIONES ARANGO MARTÍNEZ Y CIA S.A.S. y los HEREDEROS DE JOSÉ AGUSTÍN ARANGO APARICIO.

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

Los Magistrados,

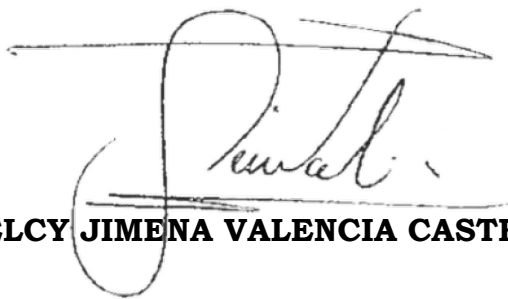


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00061 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE QUINTERO GÓMEZ.**

Demandado: **MARÍA EUGENIA MARTÍNEZ DE ARANGO Y OTROS.**



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
SALVO VOTO PARCIAL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00645 -01.

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ECOPETROL S.A. y LOS HEREDEROS DE ENRIQUETA VALBUENA JARAMILLO** contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 03 de agosto de 2023, en proceso ordinario laboral que adelanta **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO** contra la primera recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Roberto Emilio Jaramillo Valencia, a partir del 01 de enero de 2012. Igualmente, solicita intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** A favor de Roberto Emilio Jaramillo Valencia se reconoció un auxilio de pensión de jubilación por parte de la demandada; **2)** El señor Jaramillo Valencia falleció el 22 de febrero de 1991; **3)** El causante estuvo casado con la señora Enriqueta Valbuena de Jaramillo hasta 1975; esta falleció en

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

1999; **4)** Convivió con el exánime a partir del 15 de septiembre de 1975 hasta su fallecimiento, procreando tres hijos, Juan Carlos, Noé David, y María Helena Jaramillo Ceballos; **5)** Mediante comunicación del 18 de septiembre de 1991 se les reconoció la prestación en un 50% a la señora Enriqueta Valbuena de Jaramillo y el restante 50% a favor de los hijos mencionados y de Ángela María Jaramillo Moreno; **6)** El 16 de noviembre de 2006 se redistribuyó la prestación ante el fallecimiento de la señora Valbuena de Jaramillo y sus hijos cumplieron la mayoría de edad, por lo que esta quedó en cabeza únicamente de Ángela María Jaramillo Moreno, quien al parecer suspendió estudios en 2011; **7)** Solicitó la pensión de sobrevivientes; sin embargo, el 03 de abril de 2014 le fue requerida mayor documentación; y **8)** El 21 de mayo de 2015 requirió nuevamente a la entidad; no obstante, el 12 de agosto de 2015 se le negó la prestación.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

ECOPETROL S.A. (fls. 135 a 141 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que no estaban acreditados los últimos cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante por parte de la demandante; que la falta de reconocimiento de la pensión a favor de la cónyuge e hijos del difunto radica automáticamente el derecho en cabeza de la actora; y que el exánime también presentó una relación con la señora Ofelia Moreno.

2.2. Integración Parte.

Mediante auto del 11 de julio de 2018 se dispuso vincular a **OFELIA MORENO, JUAN CARLOS, NOÉ DAVID, MARÍA HELENA JARAMILLO CEBALLOS, ÁNGELA MARÍA JARAMILLO MORENO y a los HEREDEROS INDETERMINADOS DE ROBERTO EMILIO JARAMILLO CEBALLOS Y DE ENRIQUETA VALBUENA DE JARAMILLO** (fls. 160 a 163 del archivo 01).

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

Los **HEREDEROS INDETERMINADOS DE ROBERTO EMILIO JARAMILLO CEBALLOS Y DE ENRIQUETA VALBUENA DE JARAMILLO** contestaron a través de Curador A Litem, quien presentó oposición a las pretensiones de la demanda, y formuló la excepción que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 07).

Adujo que no le constaban los hechos. Expresó que la demandante en su momento no solicitó la pensión de sobrevivientes ni acreditó su condición de compañera permanente; y que es evidente que ha operado un tiempo significativo, por lo que, en todo caso operó el fenómeno prescriptivo.

Mediante auto del 08 de agosto de 2022 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de OFELIA MORENO, JUAN CARLOS, NOÉ DAVID, MARÍA HELENA JARAMILLO CEBALLOS, y de ÁNGELA MARÍA JARAMILLO MORENO (archivo 15).

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, en calidad de compañera permanente de ROBERTO EMILIO JARAMILLO CEBALLOS (q.e.p.d.), en cuantía del 50%, a partir del 22 de febrero de 1991 y hasta al 31 de marzo de 2013, día en el que se le pagó la última mesada pensional a ÁNGELA MARÍA JARAMILLO MORENO hija del causante y a partir del 1° de abril de 2013 en un 100% dado el acrecimiento de su mesada pensional.

SEGUNDO: DECLARAR que ENRIQUETA VALBUENA DE JARAMILLO no tiene derecho a la sustitución pensional en calidad de cónyuge de ROBERTO EMILIO JARAMILLO VALENCIA. En consecuencia, se AUTORIZA a ECOPETROL S.A. a realizar las gestiones necesarias para obtener la devolución de las sumas pagadas a la misma.

TERCERO: ORDENAR a ÁNGELA MARÍA JARAMILLO MORENO para que realice la devolución del 50% de las mesadas que le fueron reconocidas desde el 21 de mayo de 2012 al 31 de marzo de 2013. En este sentido, se AUTORIZA a ALBA MARÍA MORENO CEBALLOS para que realice todos los actos tendientes a solicitar a ÁNGELA MARÍA JARAMILLO MORENO la devolución, en caso de lo que considere necesario, de dichas sumas y por los periodos descritos.

CUARTO: CONDENAR a ECOPETROL S.A. a reconocer y pagar a ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO el retroactivo pensional, causado desde el 1° de abril de 2013 hasta que sea incluida en nómina de pensionados, teniendo en cuenta que para el año 1991 fue reconocida la sustitución pensional en cuantía de \$113.393, junto con los incrementos anuales y en los mismos términos que venía siendo reconocida esta prestación por parte de por ECOPETROL S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00645 -01.

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

QUINTO: CONDENAR a ECOPETROL S.A. a pagar a favor de ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO la indexación sobre las mesadas pensionales causadas desde el 1° de abril de 2013 y hasta que se haga efectivo su pago.

SEXTO: NEGAR el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a ECOPETROL S.A. a descontar de los porcentajes de las mesadas pensionales a pagar los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

OCTAVO: NO IMPONER CONDENA frente a los vinculados como litisconsortes necesarios pasiva JUAN CARLOS JARAMILLO CEBALLOS, NOE DAVID JARAMILLO CEBALLOS y MARÍA ELENA JARAMILLO CEBALLOS.

NOVENO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de “PRESCRIPCIÓN” y NO PROBADAS las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE” formuladas por ECOPETROL S.A. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de “PRESCRIPCIÓN” y NO PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE PRESUPUESTOS PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES” formulada por los herederos indeterminados de ROBERTO EMILIO JARAMILLO VALENCIA y ENRIQUETA VALBUENA DE JARAMILLO, a través de curador ad litem.

DÉCIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de ECOPETROL S.A. y a favor de la demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$4.000.000. SIN COSTAS respecto de los vinculados como litisconsortes necesarios por pasiva y frente a la tercera excluyente.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la norma aplicable es la vigente al momento del deceso del causante, esto es, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, pues este falleció el 22 de febrero de 1991; que dichas normas permitían el reconocimiento pensional a la compañera permanente, siempre y cuando haya hecho vida marital con el causante dentro del año inmediatamente anterior al deceso; que del acervo probatorio es posible establecer que, la demandante acreditó su convivencia con el causante de 1975 a 1991, que nunca se separaron, y que fue la primera, quien asistió al segundo cuando enfermó; que al momento del fallecimiento del causante no se acreditó convivencia alguna con Enriqueta Valbuena de Jaramillo; que el maltrato intrafamiliar que sufrió la actora así como su hija, Ofelia María Ceballos, no puede tomarse como un hecho que no permita establecer convivencia, por el contrario, esta situación permite reafirmarla; que se reconoce la prestación en un 100% desde el momento en que dejaron de ser beneficiarios los hijos y cónyuge del exánime; que Ofelia María Ceballos renunció frente a cualquier derecho que se pudiera radicar en su cabeza; que la pensión se debe reconocer en los mismos términos que se le pagaba al causante; que operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 21 de mayo de 2012, pues se elevó solicitud hasta el mismo día y mes de 2015; que por lo anterior, ÁNGELA MARÍA JARAMILLO MORENO debe realizar la devolución del 50% de las mesadas que le fueron

reconocidas desde el 21 de mayo de 2012 al 31 de marzo de 2013, pudiendo la actora desplegar todos los actos tendientes a solicitar tal devolución; que se deben realizar los descuentos de salud por mandato legal; y que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, existía una disputa entre beneficiarios.

4. Argumentos de las Recurrentes.

ECOPETROL S.A. explicó que no se logró acreditar que la demandante tuviera una convivencia con el causante, así como tampoco una relación de apoyo con este, pues no la reconocía como pareja, no salían juntos, y no la tenía afiliada a salud; que la señora Enriqueta no era una persona ajena al núcleo familiar, no se presentó una separación definitiva anterior al nacimiento del hijo mayor, pues de ser así estos ni siquiera hubieran tenido conocimiento de la existencia de esta; que no se puede desconocer la calidad de beneficiaria de la señora Enriqueta; que se solicita se recobre por unas sumas que ya fueron pagadas, por demás que la señora Enriqueta ya se encuentra fallecida; que era imposible para dicha beneficiaria acreditar su calidad, pues ocurrió su deceso, más aún si se tiene en cuenta que solicita una sustitución 26 años después de la oportunidad para ello; que con lo anterior, se desconoce lo dispuesto por el literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; y que no hay lugar a costas, pues en todo momento actuó de buena fe, y reconoció la prestación a quienes la solicitaron en su debida oportunidad.

Por su parte, los **HEREDEROS INDETERMINADOS DE ENRIQUETA VALBUENA JARAMILLO** explicó que, los testimonios no fueron contundentes para acreditar el lecho y techo por parte de la demandante, más aún cuando se logra ver una relación con Ofelia Ceballos y el causante; y que no se entiende como después de varios años se presenta una solicitud de pensión de sobrevivientes, y se dejó que se esperó hasta que se presentara el deceso de la señora Enriqueta.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se

dispuso correr el respectivo traslado a estas para alegar, lo que fue utilizado por los apoderados de la demandante y ECOPETROL S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de Alba María Ceballos Naranjo? y, ¿es dable la imposición de costas a cargo de ECOPETROL S.A.?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Compañera Permanente.

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

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Roberto Emilio Jaramillo Valencia -22 de febrero de 1991- (fl. 77 del archivo 01), las

normas que gobiernan el asunto bajo estudio son la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

Al respecto, se precisa que, los servidores y pensionados de ECOPETROL S.A. estaban regidos por un régimen exceptuado de seguridad social, por lo que, en tales condiciones el marco normativo que regulaba sus situaciones pensionales no era el previsto para los afiliados del Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, pues el artículo 279 los excluyó expresamente de su aplicación, de manera que, dichas personas siguieron rigiéndose por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron, tales como, los Decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989 (CSJ Rad. 33308 del 28 de octubre 2008 reiterada en CSJ Rad.33177 del 15 de septiembre de 2009, CSJ SL500-2013 y CSJ SL1000-2018).

Igualmente, es necesario tener presente que con ocasión de la reforma que introdujo el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, el legislador empezó el desmonte gradual de este régimen exceptuado al disponer que los trabajadores que ingresaran a ECOPETROL S.A., a partir de su vigencia, esto es, desde el 29 de enero de 2003, debían afiliarse obligatoriamente al sistema creado en la Ley 100 de 1993. Igualmente, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que estableció en el párrafo transitorio 2° del artículo 1° que *“la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”*, se entiende que hasta esta fecha estuvo en vigor el régimen exceptuado de los trabajadores de ECOPETROL S.A., de manera que la norma que se debe atender es la que estuviera en vigor al momento de la muerte del generador del derecho pensional (CSJ SL414-2021 reiterada en CSJ SL4441-2021)

Aclarado lo anterior, y dado que las normas que resultan aplicables son la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, es menester recordar que, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia del 12 de octubre de 2006, exp. 803-99, declaró nulo el numeral

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

1° del artículo 6° en cuanto a las expresiones “*y, a falta de éste...Se entiende que falta el cónyuge: a) por muerte real o presunta; b) por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, y c) por divorcio del matrimonio civil*” y, el artículo 7° de la última norma en mención; no obstante, tales normas se encontraban vigentes al momento del deceso del causante, pues recuérdese que los efectos de tales nulidades sólo tienen efectos hacia el futuro, salvo que en la misma se disponga que son retroactivos, lo que en este caso no ocurrió.

Dicho esto, encontramos que el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 establece:

“Artículo 3.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.
4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante”

Por su parte, los artículos 6 y 7 del Decreto 1160 de 1989 señalan:

“Artículo 6.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;

b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

c) Por divorcio del matrimonio civil.

2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988” (Apartes subrayados declarados nulos).

“Artículo 7.- Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital”.

Ahora bien, frente al entendimiento de tales normas, CSJ SL1844-2021, CSJ SL971-2023 y CSJ SL3082-2023 han dispuesto que la sustitución pensional prevista en el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 se concede de manera preferente al cónyuge supérstite cuando el derecho se causa con anterioridad a la declaratoria de nulidad parcial del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, que ocurrió en el 2006; de modo que, sólo a partir de la sentencia CE-SEC2-EXP2006-N803-99, la cónyuge del causante no excluye a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional prevista en la norma aludida.

Dicho esto, encuentra la Sala que en el juicio se acreditó que ECOPETROL S.A. mediante memorando del 18 de septiembre de 1991 le concedió pensión de jubilación a la señora Enriqueta Valbuena de Jaramillo en calidad de cónyuge supérstite (fls. 152 y 153 del archivo 01); prestación que le fue reconocida hasta el momento de su deceso, y que sería

redistribuida a los demás beneficiarios mediante memorando del 19 de abril de 1999 (fls.154 y 155 del archivo 01).

De igual manera, y del estudio de las pruebas adosadas al juicio si bien de las declaraciones de Noé David, María Elena y Juan Carlos Jaramillo Ceballos es posible determinar que el causante dejó de convivir con la señora Enriqueta Valbuena de Jaramillo desde 1975; lo cierto es que conforme al numeral 1° del párrafo del artículo 6° del Decreto 1160 de 1989 se entiende que falta la cónyuge, sólo en casos de muerte real o presunta, nulidad del matrimonio civil o eclesiástico y por divorcio del matrimonio civil; escenarios que no se acreditó, acaecieron en el caso en estudio.

Finalmente, y cuanto a la imposibilidad de reconocer la prestación por pérdida del derecho del cónyuge cuando se haya disuelto la sociedad conyugal, exista separación legal y definitiva de cuerpos o, cuando en el momento del deceso del causante, este no hiciere vida en común con él, según las voces del artículo 7° *ejusdem*, es menester advertir que, tal parte también fue declarada nula por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda mediante sentencia del 08 de julio de 1993, Expediente No. 4583 (igual fallo con el Expediente 7240 de sentencia 12 de julio de 1994).

Ahora bien, no desconoce la Sala que la muerte del exánime acaeció con anterioridad a tal calenda- 22 de febrero de 1991-, por lo que, en tal sentido sería dable la aplicación de la norma en mención; sin embargo, para ello es menester tener en cuenta que conforme CSJ SL12014-2016, estos supuestos le corresponde acreditarlos a quien pretenda beneficiarse de tal situación - la compañera permanente – y, no versan de una mera separación de hecho, por lo cual es necesario que se despliegue una actividad probatoria sólida. Al punto, tal Corporación estableció en un caso de similares características:

“En efecto, no obra en el plenario ningún elemento probatorio que conduzca a inferir que para cuando se configuró el derecho a la sustitución pensional, la cónyuge del causante lo haya perdido por configurarse alguna de las eventualidades que allí se mencionan, cuya carga probatoria le incumbía a quien pretendía beneficiarse de esa circunstancia, para radicarlo en cabeza de su compañera permanente, máxime en este caso en el que la esposa ya había fallecido para cuando se presentó la respectiva demanda y fue a ella a quien la entidad le reconoció la pensión de sobrevivientes, pues si bien los

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

testigos Blanca Esperanza Piedrahita Chauza y Luis Arnulfo Agreda (folios 56 a 66), aluden a que era la actora quien convivía con el pensionado, y que en la Resolución 7355 del 22 de diciembre de 1992 (folio 8), se informa sobre la separación de hecho con su esposa, esa sola circunstancia no es suficiente para acceder a la pensión de sobrevivientes impetrada”.

En ese orden de ideas y como quiera que los testigos aludidos únicamente dan cuenta de una separación de hecho, no a una disolución de sociedad conyugal ni separación legal de cuerpos, no es dable acceder al derecho pensional pretendido, máxime si se tiene en cuenta que tal como se sostuvo en la sentencia en mención para el momento de la presente demanda, la cónyuge beneficiaria ya había fallecido, lo que impide que pudiera ejercer de forma efectiva su derecho de defensa y de contradicción- recuérdese que en ese sentido los herederos de esta no tienen propiamente un interés pues la pensión de sobrevivientes no les sucede-, por demás que del memorando del 18 de septiembre de 1991 se colige que la actora solicitó únicamente como madre de sus hijos, lo que reafirmó al rendir interrogatorio de parte.

Como consecuencia de lo anterior, se REVOCARÁ la sentencia y, en su lugar, se ABSOLVERÁ a ECOPETROL S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00645 -01.

Demandante: **ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a ECOPETROL S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

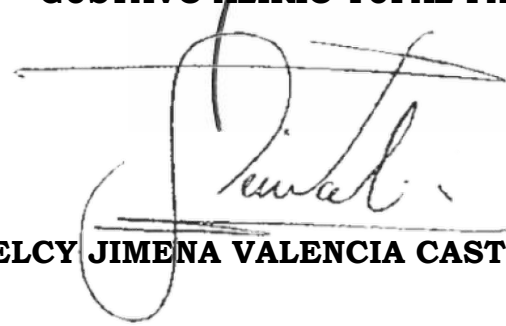
SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señalan a cargo de ALBA MARÍA CEBALLOS NARANJO como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 03.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA** interpuso contra la sentencia que profirió el 15 de agosto de 2023 el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra la **CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante pretendió de la demandada el reintegro al cargo que venía desempeñando por “*fuero laboral reforzado por sus condiciones de salud*”, en consecuencia, se ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, afiliaciones, trabajo extraordinario y demás emolumentos desde el 1 de febrero de 20119 hasta que se haga efectivo el reintegro, así como lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a laborar con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo el 16 de agosto de 2011 en el cargo de asistente de promoción y mercadeo hasta el 1 de septiembre de 2014 en la que el contrato mutó a indefinido con un salario inicial de \$1.777.350 y que el 2 de enero de 2018 el cargo cambió a Profesional de Promoción y su remuneración se reajustó a \$2.000.000 más una bonificación no constitutiva de salario de \$200.000.

Agregó que el 23 de abril de 2018 se suspendió su contrato de trabajo como consecuencia de un proceso disciplinario por acumular varios retardos en su jornada de trabajo, lo que generó que el jefe de personal de la demandada reiterara el cumplimiento de horarios del personal administrativo. El 1 de febrero de 2018, la Eps Compensar, le diagnosticó las patologías de *epicondilitis media bilateral y epicondilitis lateral bilateral*, de origen laboral, sin embargo, fue recurrida por la ARL AXA Colpatria SA por lo que la Junta Regional de Invalidez de Bogotá emitió dictamen 105317 del 15 de agosto de 2018 y confirmó el diagnóstico inicial, pero modificó el origen de la enfermedad a común.

Informó que el 28 de enero de 2019 fue citada nuevamente a diligencia de descargos para que diera explicaciones sobre sus retardos a laborar, la cual consideró no ajustada a derecho, por cuanto su jornada se extendía más allá de las 48 horas semanales, sin embargo, tales razones no fueron atendidas y su contrato de trabajo fue por terminado el 1 de febrero de 2019 cuando se encontraba en estado de protección por fuero de salud (archivo *01demanda.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Por su parte, la demandada al contestar la demanda aceptó las modalidades contractuales suscritas, la fecha de ingreso y culminación del contrato, el último salario básico devengado, equivalente a la suma de \$2.000.000, el estado de salud, la causal de despido y el pago de prestaciones sociales. Aclaró que la demandante no estuvo amparada por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

ningún fuero de salud, que no hubo calificación de pérdida de capacidad laborar y que el contrato terminó por justa causa teniendo en cuenta que presentó 49 retardos en su horario de trabajo.

Propuso las excepciones de inexistencia de fuero de protección especial, eficacia de la terminación del contrato de trabajo, buena fe, jornada laboral, calificación de origen, inexistencia de reclamación previa, prescripción, terminación del contrato con justa causa, improcedencia de la indemnización y cobro de lo no debido (archivo *08contestademandanda.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo*, luego de culminar con las etapas propias de juicio, emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA**, de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante **CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandante y a favor de la demandada.

TERCERO: ORDENAR si la presente sentencia no fuere apelada, se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para arribar a la anterior decisión, inició por señalar que el asunto objeto de examen se resolvería con el art. 26 de la Ley 361 de 1997 y las sentencias C531-2000, SU049-2017 y SL572-2021 de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. Agregó que no fue motivo de discusión la fecha inicial de la relación laboral, el último salario devengado por la actora y la fecha de terminación del contrato de trabajo, por lo que, al revisar las incapacidades, la calificación emitida por la EPS Compensar y el dictamen de la Junta Regional de Invalidez, el interrogatorio de la actora, concluyó que no demostró que la actora fuera despedida estando con fuero de estabilidad laboral reforzada, pues no padeció enfermedad grave, no se probaron incapacidades largas, ni se acreditó que la demandante estuviera tratamiento médico, contrario a ello, de las pruebas valoradas en su conjunto, en especial la confesión de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

la demandante, evidenció que fue despedida con justa causa por los múltiples retardos en su trabajo.

Por último, arguyó que no hay lugar al reconocimiento de devolución de salarios descontados por el empleador, pues se demostró que la actora fue suspendida por sanción disciplinaria, y si bien solicitó el reconocimiento de horas extras, contrario *sensu*, estas no fueron probadas.

2.4. Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la demandante interpuso recurso de alzada y lo fundamentó señalando que la demandada debía pedir permiso al Ministerio del Trabajo para despedirla por cuanto demostró que estaba bajo tratamiento médico a la terminación del contrato, más cuando no se requería incapacidad o pérdida de capacidad laboral.

Añadió que el proceso disciplinario que condujo al despido no se ajustó a lo previsto en el art. 29 de la Constitución Nacional, ni al reglamento de trabajo, ni se le otorgó tiempo para leer los cargos y preparar su defensa, por tal razón el despido fue injusto y por ende, protegida por la estabilidad laboral reforzada por su condición de salud.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de enero de 2024, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual solo fue utilizado por la demandante para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es dable considerar que la actora se encontraba protegida por la estabilidad laboral reforzada por su condición de salud o si fue despedida con justa causa?.

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

Esta Sala debe empezar por señalar que en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Asimismo, en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

En esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *“los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1154-2023 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

3.2. Caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, las cuales serán acogidas desde ya por esta Sala, en la medida en que resultan vinculantes por ser decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción, se constata que en el *sub judice* no fue motivo de discusión que **i)** la demandante ingresó a laborar con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo el 16 de agosto de 2011 **ii)** el cargo inicial fue de asistente de promoción y mercadeo, **iii)** el 1°. de septiembre de 2014 el contrato mutó a término indefinido **iv)** el 2 de enero de 2018, el cargo fue de Profesional de Promoción con una remuneración de \$2.000.000 más una bonificación no constitutiva de salario de \$200.000, **v)** el 23 de abril de 2018 se suspendió su contrato de trabajo como consecuencia de una sanción disciplinaria **vi)** el 1° de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

febrero de 2018, la EPS Compensar calificó a la actora con *epicondilitis media bilateral y epicondilitis lateral bilateral*, de origen laboral, **vii)** el origen de la enfermedad fue modificado a común por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá mediante dictamen 105317 del 15 de agosto de 2018, **vii)** el 28 de enero de 2019 fue citada a diligencia de descargos y **viii)** el 1° de febrero de 2019 se dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Dicho esto, uno de los principales argumentos del *a quo* para llegar a su conclusión fue la de que la actora no probó su condición de discapacidad y que contrario a ello, el empleador probó que el despido fue con justa causa. Por tal razón la Sala empezará por analizar esta última situación, esto es, si la terminación del contrato tuvo origen en una justa causa, pues de concluir que así fue, no se haría necesario emprender el estudio sobre la discapacidad alegada por la actora de acuerdo con los criterios jurisprudenciales dados en precedencia.

Se duele la parte recurrente que no respetó el debido proceso al momento de su despido, que no tuvo tiempo para organizar su defensa y que incluso, desconoció los hechos sobre los cuales fue a llamada a descargos. Al respecto, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando ha señalado que, por regla general, el despido no constituye un acto sancionatorio, sino una facultad de la que el legislador quiso revestir al empleador y que por ello no está sujeta a formalidades procesales previas (CSJ SL1502-2023).

No obstante, pese a que se reconoce ese carácter facultativo del despido, esa misma corporación ha enfatizado que, si al trabajador se le reprocha la comisión de hechos que constituyen justas causas, el empleador debe darle una oportunidad de defensa, ajena a procedimientos rígidos; por supuesto, si las partes del contrato de trabajo le quieran dar el alcance de verdadera consecuencia disciplinaria, debe respetarse el procedimiento que ellas dispongan, bien sea en convenciones, pactos colectivos, reglamentos, en el mismo contrato o en cualquier instrumento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

que las ligue en el marco de su relación laboral (CSJ SL496-2021 y CSJ SL901-2023).

Así pues, al revisar con detenimiento las pruebas aportadas al proceso, se constata que el 18 de enero de 2019 la empresa demandada citó a la actora a diligencia de descargos para que diera explicación sobre los múltiples retardos a su jornada laboral (fl. 66 y 67 archivo 08contestaciondemanda.pdf):



Bogotá, D.C.; Enero 28 de 2019

Señorita
CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA
Asistente Promoción y Mercadeo
Clínica Nueva
Ciudad

ASUNTO: APERTURA DE PROCESO DISCIPLINARIO MEDIANTE DILIGENCIA DE DESCARGOS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES ORIGINADOS EN MÚLTIPLES RETARDOS E INASISTENCIAS LOS DÍAS SÁBADOS A SU JORNADA LABORAL.

Cordial saludo:

Por medio de la presente nos permitimos citarla el día Jueves 31 de Enero de 2019, a las 2:15 pm en la Oficina de Gestión Humana con el fin de oír sus descargos sobre hechos informados por la Jefatura de Talento Humano al revisar sus registros en el dispositivo biométrico de la institución:

"Se identifica que el la colaboradora CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018, presenta múltiples retardos a su jornada laboral (más de 50 retardos), de acuerdo a informe biométrico adjunto. En algunas oportunidades se identifica que la colaboradora no registra horario de ingreso o salida.

Citación a la que compareció el 31 de enero de 2019, y en la que no solo conoció los hechos sobre los cuáles fue llamada a descargos, sino que expuso los motivos tuvo para justificar su actuar, y no solo eso, sino que acepta que ha tenido más de 49 retardos al ingreso a su jornada (69 a 72 ibid.):

4. Conoce claramente las razones por las cuales fue citado a la presente diligencia de descargos y entiende los hechos por los cuales es convocada?

R: Si señor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE
SENA – CLÍNICA NUEVA.

5. En relación con los hechos presentados al inicio de la presente diligencia, sírvase indicar si tiene claridad que la jornada laboral de la clínica es la máxima vigente, que es de 48 horas semanales, de acuerdo con el CST.

R: Si tengo claridad que esa es la jornada laboral de la clínica.

6. Sírvase indicar, como colaboradora de las áreas administrativas de la institución, cuál es el horario de trabajo de lunes a viernes y los sábados que le corresponde cumplir.

R: 7 AM a 5 pm, de lunes a viernes y los sábados de 8am a 2 pm ó de 7am a 1 pm de acuerdo a flexibilización que permite la clínica.

Antes de iniciar el mes de diciembre, yo asistía en un horario extendido entre semana, realizando de lunes a viernes en suma tres horas más en total, para no venir a laborar los sábados. Este fue un acuerdo verbal con el Dr. Rodrigo Quijano, Director de la Clínica.

8. En relación con los hechos indicados al principio de esta diligencia, indique de acuerdo con el informe biométrico suministrado, en cuántas oportunidades se ha presentado a laborar después de las 7 am.

R: En 49 oportunidades me he presentado a laborar después de las 7 am.

El día 19 de septiembre asistí a trabajar, pero no registré hora de ingreso.

El día 20 de diciembre asistí temprano al médico, antes de la jornada laboral, me dieron incapacidad por tres días y me vine a la clínica a traer la incapacidad y registré el ingreso, aunque no era necesario por estar en incapacidad.

9. Tiene pleno conocimiento que los retardos tienen sanciones contempladas en el reglamento interno de trabajo de la Institución?

R: Si tengo pleno conocimiento.

10. Tiene alguna explicación, justificación o atenuante para los múltiples retardos que presenta entre los meses de septiembre y diciembre de 2019?

R: Si, vivo en Mosquera, Cundinamarca. Quiero dejar claro que no todos los retardos que tengo son de media hora, 20 minutos o 15. Una importante cantidad de ellos son de uno a cinco minutos.

11. Cuando suscribió su contrato de trabajo con la institución, recibió alguna autorización especial para que, en relación con su lugar de vivienda, pudiera presentar retardos a su jornada laboral?

R: No.

De lo anterior, fácil le resulta concluir a la Sala dos situaciones, la primera, que contrario a lo afirmado por la recurrente, la demandada sí garantizó el derecho de defensa y el debido proceso, al escuchar las razones de la trabajadora antes de endilgarle las justas causas que sirvieron de base para darle por terminado su contrato. Con ello, se brindó la oportunidad de ofrecer sus descargos a través de un acto libre de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

formalidades, para garantizarle el derecho de contradicción frente a tales acusaciones, sin que se evidencie violación al debido proceso como lo afirma en su recurso. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, recordó en la providencia CSJ SL2688-2022 y CSJ SL679-2021:

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa

La segunda conclusión es que los hechos sobre los cuales la empresa terminó el contrato de trabajo sí existieron y fueron cometidos por la actora, así lo confesó en la diligencia de descargos y en su interrogatorio de parte: *“la terminación del contrato se dio por las llegadas tardes, Yo tenía 49 llegadas tarde”* y si bien refirió que Rodrigo Quijano, Director de la clínica y el Jefe de Talento Humano de le autorizaron no laborar los sábados, lo cierto es que tal afirmación no se corroboró con ninguna otra prueba, siendo preciso indicar que de existir tal autorización, sería por un solo día, el sábado, quedando pendiente por justificar la de los demás días.

Así las cosas, al estar frente a un despido sin justa causa, sobra realizar un análisis sobre su condición de salud, pues como se dijo en líneas anteriores, si contrato terminó por justa causa, la actora no sería destinataria de la protección que hoy reclama a la luz del artículo 26 de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE SENA – CLÍNICA NUEVA.

Ley 361 de 1997, la cual tiene como teleología proteger cuando «*la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa*» (CSJ SL1268-2023).

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo*.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que profirió el 15 de agosto de 2023 el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que Cristindarlie Cueva Cuesta adelanta contra la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena – Clínica Nueva, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

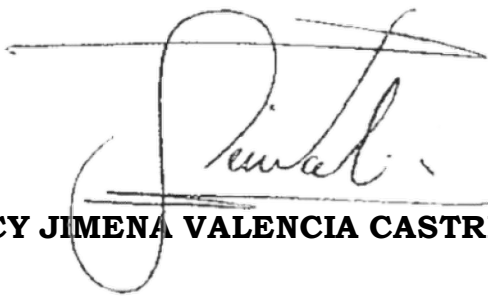
Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00326-01.

Demandante: CRISTINDARLIE CUEVA CUESTA.

Demandado: CONGREGACIÓN DE DOMINICAS DE SANTA CATALINA DE
SENA – CLÍNICA NUEVA.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



MORENZA TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2022-00356-01.

Demandante: **LILIANA VEGA FONSECA.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** contra la providencia que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de julio de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **LILIANA VEGA FONSECA** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que tiene derecho a permanecer en COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade los valores que fueron recibidos por esta, tales como, cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, rendimientos; y que COLPENSIONES actualice su historia laboral.

Demandante: **LILIANA VEGA FONSECA.**

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

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

2. Respuesta a la Demanda.

PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (archivos 10 y 11) se opusieron a las pretensiones de la demanda, y formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR la ineficaz el traslado efectuado por LILIANA VEGA ESCOBAR, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR S.A a transferir a COLPENSIONES los saldos sobrantes de las cotizaciones efectuadas por el demandante junto con los rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR S.A fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'500.000.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. dijo que se cumplió con la carga de la prueba, puesto que para la época de los hechos el único requisito que se exigía era el formulario de afiliación; que se demostró que la demandante sí recibió una asesoría, de la cual se puede colegir que obtuvo más información de que señaló, pues diversa información no la recordó; que la demandante cuenta con unas obligaciones, vulnera el derecho de igualdad, cuando está se establece en cabeza únicamente del fondo; que los aportes generando claramente rentabilidad no siendo dable la condena por gastos de

Demandante: **LILIANA VEGA FONSECA.**

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

administración; que los seguros previsionales se ha pagado y la actora ha estado amparado de los riesgos de invalidez y sobrevivientes; y que el Decreto 3995 de 2008, establece los rubros que se deben trasladar, y no incluye gastos administrativos y seguros previsionales, por demás que estos no financian la pensión de la actora.

Por su parte, **COLPENSIONES** explicó que conforme al artículo 167 del C.G.P. la carga de acreditar los vicios del consentimiento que se alegan recae en la parte actora, postura que ha sido respaldada en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá; que frente a lo que se está es un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento; que la carga que se impone a las demandadas es desproporcional, en virtud de las condiciones en que se generó el traslado, nadie está obligado a lo imposible; y que se si se condena en costas se genera un detrimento patrimonial público.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 17 de enero de 1992 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible en el expediente administrativo (carpeta 11); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 29 de noviembre de 1996 (fl.29 del archivo 10).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de

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

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 29 del archivo 10 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de noviembre de 1996 con PORVENIR S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola

Demandante: **LILIANA VEGA FONSECA.**

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

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Vega Fonseca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de noviembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados y al margen que hubiera actuado de buena fe la administradora del régimen de prima media, no es menos cierto que para dicha data el fondo privado sí tenía la obligación de brindarles a tales afiliados, información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que la demandante asegura que el asesor sólo le indicó que el I.S.S. se iba a acabar, que existía un riesgo de perder los aportes, que eran casi la única opción, que podía perder sus aportes y que la pensión sería con ellos mejor; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, es acertada la condena impuesta contra PORVENIR S.A. de debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, los saldos de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado, por lo que tal decisión se confirmará.

Pese a ello, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con

Demandante: **LILIANA VEGA FONSECA.**

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

el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos. Asimismo, no discurre la Sala que con ello se esté generando un enriquecimiento sin causa, puesto que los valores que ingresaron a los fondos demandados, deberán restituirse debidamente actualizados, pues por el paso del tiempo se ha generado sobre ellos depreciación monetaria.

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

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **LILIANA VEGA FONSECA.**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de DISPONER que conceptos referidos en este numeral y que están a cargo de PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

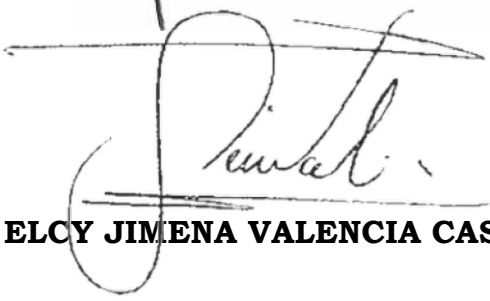
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2015-00257 -04.

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

AUTO

El 14 de noviembre de 2023 se allegó correo electrónico por parte de ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA, en el cual contiene un documento adjunto contentivo de su historia clínica.

Al respecto, sea lo primero recordar que dicha demandante actúa mediante apoderado judicial, por lo que, cualquier actuación debió realizarla a través de este. En todo caso, dicho documento no puede ser tenido en cuenta en esta instancia, como quiera que el artículo 83 del C.P.T y de la S.S., establece que sólo es posible decretar pruebas en segunda instancia, en los siguientes casos: (i) a petición de la parte interesada, cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin su responsabilidad y habían sido decretadas, y (ii) las demás que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta; normativa que puede armonizarse con lo previsto en el artículo 54 ejusdem, que faculta el decreto de pruebas de oficio para el completo esclarecimiento de los hechos (CSJ SL847-2021).

Así las cosas, y como quiera que dicha prueba no fue solicitada ni decretada en primera instancia no es posible su incorporación en esta instancia. Igualmente, la Sala no considera que sea imperativa para desatar la segunda instancia, por manera que, no se tendrá en cuenta para la misma.

En consecuencia, NO SE INCORPORARÁ al plenario el documento anteriormente aludido.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ, ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA, MARÍA DE LOS DOLORES CAMARGO DE BECERRA, SERGIO ARMANDO BECERRA CAMARGO, SANDRA YANETH BECERRA CAMARGO, NANCY SOCORRO BECERRA CAMARGO** quien obra en nombre propio y en representación de **JERÓNIMO AVENDAÑO BECERRA y SARAH VALENTINA AVENDAÑO BECERRA, FRANCISCO LUIS BECERRA** quien obra en nombre propio y en representación de **LUISA MARÍA BECERRA GIRALDO, NIRSON YESID BECERRA GIRALDO y FABIO ORLANDO BECERRA CAMARGO**, contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de septiembre de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que las dos primeras adelantaron inicialmente contra **EAGLE TRANSPORT S.A.S. y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, se solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre Marco Tulio Becerra Camargo y EAGLE TRANSPORT S.A.S. del 01 de noviembre de 2006 al 06 de febrero de 2014; que existía un contrato de prestación de servicios entre tal empresa y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA; que el accidente en el que perdió la vida el señor Becerra Camargo es de trabajo; y que dicho siniestro causó daños y perjuicios a los demandantes. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de daños morales, perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 06 de febrero de 2014 el señor Marco Tulio Becerra Camargo falleció en accidente de trabajo y de tránsito en la Finca Maracuy, tres kilómetros delante de donde realizaba sus funciones como Supervisor de Operaciones para EAGLE TRANSPORT S.A.S.; **2)** El señor Becerra Camargo se transportaba como copiloto del vehículo de placas TSU 460 de propiedad de del subcontratista Satur, escoltando el vehículo de placas TLM 518 – R 67816 con grúa como carga para ser trasladada del campo CP6 hasta Campo Rubiales, jurisdicción del municipio de Puerto Gaitán. En dicha función, descendió del vehículo y fue arrollado por un vehículo, lo que generó de forma inmediata su deceso; **3)** Celebró con EAGLE TRANSPORT S.A.S. un contrato a término indefinido el 01 de noviembre de 2006, el que finiquitó como consecuencia de su fallecimiento; **4)** Devengaba \$1'800.000; **5)** EAGLE TRANSPORT S.A.S. es contratista de PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA; **6)** El señor Becerra Camargo estaba casado con la señora ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA con quien compartía techo, lecho, mesa, así como dependía económicamente de él; de dicha unión nació ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ, quien también dependía económicamente de él; **7)** La volqueta de placas SVD 289 que atropelló al causante es propiedad de INVERSIONES LA ROCA S.A.S., quien también es contratista de PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA; vehículo que según investigación de accidente de tránsito no poseía aviso de carga larga y remolque, no contaba con los dos funcionarios necesarios aparte del supervisor de operaciones ni con paletero, por demás que el causante no contaba con botas auto deslizantes; **8)** EAGLE TRANSPORT S.A.S. omitió su deber de analizar previamente la vía de acceso a la caravana, así como de verificar la zona de desplazamiento a fin de verificar la estrechez de la vía y los posibles deslizamientos; **9)** Lo anterior, le ha generado graves perjuicios a las demandantes; y **10)** El 10 de septiembre (sic) se llevó a cabo conciliación que fue declarada fallida.

2. Actuación Procesal de Primera Instancia.

2.1. Reforma a la Demanda.

Mediante auto del 15 de abril de 2016 se admitió la reforma de la demanda (fls.344 y 345 del archivo 01), la que tuvo principalmente como fin excluir de las pretensiones a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA e integrar a la misma por activa a **MARÍA DE LOS DOLORES CAMARGO DE BECERRA, SERGIO ARMANDO BECERRA CAMARGO, SANDRA YANETH BECERRA CAMARGO, NANCY SOCORRO BECERRA CAMARGO** quien obra en nombre propio y en representación de **JERÓNIMO AVENDAÑO BECERRA y SARAH VALENTINA AVENDAÑO BECERRA, FRANCISCO LUIS BECERRA** quien obra en nombre propio y en representación de **LUISA MARÍA BECERRA GIRALDO, NIRSON YESID BECERRA GIRALDO y FABIO ORLANDO BECERRA CAMARGO**, y por pasiva a **INVERSIONES LA ROCA H.R. S.A.S. y CONSTRUVICOL S.A.**

En cuanto a las pretensiones se solicitó extender las condenas en solidaridad a las nuevas demandadas, así como se agregaron las siguientes: perjuicios por daño a la vida relación, reliquidación de la pensión de sobrevivientes percibida por ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ y ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA teniendo en cuenta lo que realmente devengaba y/o sufragando al fondo pensional dicho valor, el pago del seguro de vida, indexación e intereses de mora. Lo que se fundamentó en que el causante además del salario devengaba una bonificación de \$500.000 y viáticos por valor de \$1'000.000 (fls. 111 a 118 del archivo 01).

3. Respuesta a la Demanda.

EAGLE TRANSPORT S.A.S. (fls. 346 a 403 del archivo 01 y/o archivo 03) se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la fecha del accidente y el lugar; las funciones y cargo del trabajador; la existencia del contrato de trabajo, modalidad y extremos temporales; la calidad de hija del causante de ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ y de esposa de ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA; la calidad de propietario de INVERSIONES LA ROCA H.R. S.A.S. del vehículo SVD 289 y que dicho vehículo según informe de investigación no tenía informe de aviso

y remolque al momento del siniestro; y la conciliación fallida ante Ministerio del Trabajo.

Adujo que el exánime no se transportaba como escolta sino en las funciones propias de su cargo como Supervisor de Operaciones; que en dicho cargo se encontraba plenamente capacitado y gozaba de las competencias para su ejercicio; que el trabajador devengaba \$1'795.000; que no tuvo ningún tipo de relación con PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA; que las condiciones del vehículo que generó el accidente son ajenas a la empresa; que en un carreteable (sic) no público, no es necesario el personal que se alude en la demanda; que el causante contaba con botas Westland 8604 que eran propicias para la labor que este realizaba; que la vía donde ocurrió el siniestro hacía parte de la actividad rutinaria del trabajador; que implementó estrictamente las medidas de seguridad y control de los riesgos derivados de la actividad del transporte, conforme aparece en las certificaciones de calidad ISO 99001:2008, ISO 14001:2004, OHSAS 18001:2007 y RUC, así como se avizora en el documentado de procedimientos de control, inducción y re-inducción; y que cumplían las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo.

Por su parte, **INVERSIONES LA ROCA H.R. S.A.S.** (fls. 89 a 95 del archivo 01) también se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó los hechos que fueron admitidos por EAGLE TRANSPORT S.A.S. relativos a la existencia de un contrato de trabajo.

Explicó que era EAGLE TRANSPORT S.A.S. a quien le correspondía asumir cualquier responsabilidad derivada del vínculo laboral, por demás que no es posible establecer un nexo causal frente a esta.

Finalmente, mediante auto del 18 de julio de 2018 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **CONSTRUVICOL S.A.** (fls. 96 y 97 del archivo 04).

4. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no hubo controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, sus extremos temporales, así como la ocurrencia de un accidente de trabajo, la que también se puede colegir de la investigación del siniestro realizada por la empresa; que del dictamen allegado por la parte actora se establece que el deceso del trabajador se produjo como consecuencia del incumplimiento de normas técnicas para el transporte de carga; que pese a lo anterior, el siniestro no acaeció en un tipo de transporte de estas características ni por la carga, sino que este fue consecuencia de un tercero, por lo que tal estudio no resulta contundente para tener por acreditada la culpa patronal; que las causas principales giraron en torno a las condiciones de la vía, y por la falta de pericia de los vehículos que estaban circulando, y especialmente, la que generó el siniestro, pues es de un tercero ajeno al empleador; que aunado a ello, el trabajador contaba con 19 años de experiencia, se le impartieron capacitaciones frente a los riesgos en el desarrollo de su labor, y conocía de las políticas de salud y seguridad en el trabajo, por demás que el trabajador debía informar de las omisiones que se pudieran presentar; que no puede inferirse culpa del empleador, pues fue el trabajador quien se ubicó en un punto ciego de los vehículos que circulaban, de modo que fue él quien incurrió en un acto imprudente; que el causante contaba con elementos de protección, por demás que la falta de botas antideslizantes no fueron las que generaron la causa fatal; que en suma del testigo Carlos Julio Ardila Paredes, es posible establecer que la única tarea que se le asignó al trabajador era movilizarse de campo, no se encontraba en sus labores de supervisión de transporte y de carga; que no es posible reliquidar la prestación de sobrevivientes, ya que, quien tienen a su cargo esta no fue demandada en juicio, por demás que no hay elementos para establecer pagos constitutivos de salarios; y que el seguro de vida no respaldan relación con las normas laborales ni la obligación de su pago.

5. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que las excepciones deben ser desechadas, pues no se acreditó el cumplimiento de las obligaciones en salud y seguridad, diligencia y cuidado, por el contrario se logró probar que hubo una responsabilidad y negligencia por parte de este, donde el trabajador perdió la vida como escolta de piloto de cama baja, por fuera de sus funciones habituales; que el exánime sólo estaba formado como supervisor de operaciones, las capacitaciones que se allegaron fueron en este sentido, pero en ninguna se acredita capacitación como escolta de cama baja, tarea que debió ser cumplida por una persona experimentada en tal labor, pero por la mala programación y supervisión de las demandadas se generó el siniestro; que se confesó en la contestación de la demanda que el trabajador murió realizando actividades no contempladas en el manual de funciones en desarrollo de órdenes de su patrón y que estas no eran rutinarias; que el día de los hechos hubo desconocimiento de las normas de salud y seguridad en el trabajo, pues según peritaje allegado -que no fue objeto de contradicción-, el trabajador no contaba con los elementos y equipos necesarios para el transporte de carga, de conformidad con el artículo 14 de la Resolución 038 de 2015, por demás que la falta determinante fue la ausencia de señalización o elementos que permitieran a los vehículos involucrados prevenir el accidente, pues todos estaban ejecutando una labor para continuar con la marcha, pero que por falta de señalización vial y lo angosto de la vía, tal y como lo dijo el testigo Carlos Ardila, se generó el siniestro; que en la investigación realizada por la empresa, hay manifestaciones que se deben tener en cuenta, tales como que, el trabajador descendió del vehículo para realizar el procedimiento de orillar, parquear, y asegurar la carga mayor con el fin de evitar colisión o volcamiento dadas condiciones de la vía- angosta y sin berma-, que según versión del conductor, Mauricio Malagón, el cama alta que estaba pasando casi daña el espejo de la grúa, situación que obligó a que cerrara tal espejo, con el fin de evitar que se dañara, motivo por el que el causante descendió y luego lo que encontró es que este estaba debajo del zorro de la volqueta, con lo que se privilegió más el cuidado de tal bien; que aunado a tal causa, vía angosta, en tal investigación se consignó, que hubo ausencia de preparación del causante, mapas de riesgos de vías, y que existían sólo planes de equipos

de movilización de equipos de taladros, emitiéndose las correspondientes observaciones por parte de A.R.L. Liberty para evitar este tipo de sucesos; que el 27 de febrero de 2014, la empresa remite a título de confesión, solicitud a la A.R.L. para que se evalúen las condiciones de la vía donde acaeció el siniestro, frente a lo que se remitió respuesta, señalándose que se debía realizar un plan de acción para evitar nuevamente este tipo de accidentes; que no se entiende como el causante estaba realizando operaciones de escolta de cama baja, cuando era supervisor de operaciones, lo que no es por un motivo diferente a una orden del empleador; que en el vehículo donde viajaba el occiso no contaba con dos paleteros, señalero u orilleros, pese a que era obligatorio conforme al literal a) del artículo 16 Resolución 4959 y el artículo 10 de la Resolución 1724 de 2007, por demás que el artículo 7 de la primera norma, señala que, debe contar con señalización de carga larga y remolque; que no se logró acreditar prueba de alcoholemia del conductor que transportó al exánime ni al de la volqueta que le produjo la muerte, o si existía algún tipo de limitación física por parte de estos; que se debieron ejecutar acciones previas por parte de la empresa para mejorar la visibilidad; que por la experiencia del trabajador no se puede decir que era innecesaria la capacitación en la labor que desarrolló el día del siniestro; que el informe policial no tiene valor probatorio conforme criterio de la Corte Constitucional, sólo sirven como criterios orientadores de la investigación, se debe evaluar conforme las reglas de la sana crítica, siendo posible que se desvirtué su contenido; que se debe reliquidar la pensión otorgada a la actora, puesto que se reconoció sobre una base salarial inferior a la que realmente devengaba; que la actividad de conducir vehículos automotores es de por sí peligrosa, coloca a la comunidad en riesgo, por lo que según jurisprudencia de las altas cortes, en estos casos se presume la responsabilidad y le corresponde a quien generó el daño, acreditar que dicho acto es por la ocurrencia de un tercero, acto extraño, fuerza mayor o caso fortuito; que las pólizas de seguro se deben hacer cumplir a favor de los demandantes; que no es dable imponer costas, pues se presentaron los correspondientes amparos de pobreza; que en las consignaciones aparece los pagos realizados por concepto de salario, así como comprobantes de pago; que al evadirse por parte del representante legal de la demandada las preguntas, se generó una confesión ficta o presunta; y que el testigo Carlos Ardila es de oídas, llegó mucho tiempo después de ocurrido el siniestro, en

todo caso, señaló que no habían paleteros o similares, ni personal de HSEQ, por demás que entró en contradicción con el representante legal de la demandada, pues manifiesta que no era necesaria capacitación, pues el actor tenía experiencia, mientras que el segundo dijo que estaba debidamente capacitado.

6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, CONSTRUVICOL S.A.S. y EAGLE TRANSPORT S.A.S., para reafirmar sus argumentos.

Igualmente, mediante auto del 15 de enero de 2024 se admitió el **desistimiento** de la demanda por parte de **NANCY SOCORRO BECERRA CAMARGO en nombre propio y de su hijo JERÓNIMO AVENDAÑO BECERRA; SARAH VALENTINA AVENDAÑO BECERRA; SERGIO ARMANDO BECERRA CAMARGO; MARÍA DOLORES CAMARGO DE BECERRA; FRANCISCO LUIS BECERRA CAMARGO; LUISA MARÍA BECERRA GIRALDO; NIRSON YESID BECERRA CAMARGO; y SANDRA YANETH BECERRA GIRALDO.**

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable considerar que el accidente de trabajo que acaeció el 06 de febrero de 2014 en el que perdió la vida Marco Tulio Becerra Camargo fue con ocasión o por culpa del empleador?, ¿es dable ordenar la reliquidación

de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de los beneficiarios del señor Becerra Camargo?, ¿hay lugar al pago de pólizas de seguro?, y ¿es dable la imposición de costas?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Culpa patronal.

La culpa patronal se encuentra consagrada en el artículo 216 del C.S.T., norma que señala que cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios.

Ahora bien, la sola ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional no configura la culpa patronal, puesto que se requiere del elemento subjetivo de la culpabilidad, lo que se desprende de la propia consagración de la norma aludida, así como del artículo 1604 del C.C.; éste último dispone que de los contratos en los que existe un beneficio recíproco para los contratantes —como en efecto ocurre con el contrato de trabajo- cada uno de los contratantes responderá por la culpa leve, definida a su vez por el artículo 63 *ejusdem* como “*la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”, criterio frente al que CSJ Rad. 16782 del 13 de diciembre de 2001, señaló que el fallador a la hora de apreciar la culpa debe revisar qué habría hecho cualquier otro empleador.

En ese escenario, el tipo de culpa que debe acreditarse para determinar que el empleador tuvo incidencia en el siniestro, es la culpa leve, que es la que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear “*diligencia o cuidado ordinario o mediano*” en la administración de sus negocios (CSJ SL3942-2020).

Se entiende entonces que la indemnización plena de perjuicios se genera cuando quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella, es decir, que se debe verificar el incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador - lo que 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).

En cuanto a la carga de la prueba, CSJ SL13653-2015, CSJ SL2168-2019, y CSJ SL5154-2020 ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta; no obstante, dicha Corporación ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del C.C.; en tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores.

De esta manera, es carga del empleador acreditar que no incurrió en las omisiones que se le endilgan, recuérdese que la diligencia y cuidado en cabeza de la empresa, según la doctrina de la CSJ SL5154-2020, recae en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes; ello por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los

sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989 (estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014).

Así mismo, habrá de recordarse que los actos inseguros o imprudentes que pudo cometer el trabajador no eximen al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, si aparece demostrado que este faltó a sus deberes o controles, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales (CSJ SL4277-2020 y CSJ SL2335-2020); sin embargo, según CSJ SL14420-2014, CSJ SL2336-2020, CSJ SL1897-2021, y CSJ SL5300-2021, existe actos que rompen *“la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño”* y, por tanto, exoneran al empleador del resarcimiento pleno y subjetivo de perjuicios, debido a que nadie está obligado a reparar un daño que no ha causado; así, tiene explicación que sean causas ajenas y, por ende, eximentes de responsabilidad, el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y de un tercero, pues en esos eventos, hay *“imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa”*.

Sentados lo anteriores presupuestos y, descendiendo al caso, encuentra la Sala que la demanda se funda en la presunta falta de capacitación en las actividades que estaba desplegando el causante al momento de su deceso, en la ausencia de procedimientos y del análisis de riesgo, y en la omisión en adoptar y poner en práctica las medidas de prevención y protección de riesgos laborales; omisiones que entonces generan la inversión de la carga de la prueba y, por ende, le corresponde al empleador acreditar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en el *in suceso* del trabajador.

Así las cosas, y verificada la prueba documental, se evidencia el señor Marco Tulio Becerra Camargo falleció el 06 de febrero de 2014 (fl. 24 del archivo 01). Igualmente, se allegaron los informes ejecutivos- FPJ3 y FPJ10 suscrito por servidores de Policía Judicial, en el que se dejó constancia para

lo que interesa al asunto- las circunstancias en que acaeció el siniestro-, de las entrevistas que se efectuaron a los señores José Mauricio Malagón Ballesteros y Orlando Villar Camacho, así como se dejó plasmado que en el lugar donde acaeció el siniestro se trata de una zona despoblada; que se encuentra en regulares condiciones; que es un lugar con extensa llanura y partes alomadas; que de los dos vehículos implicados, uno, era una volqueta que transportaba al parecer gravilla y el otro, un tracto camión que transportaba una grúa; que el occiso vestía camisa azul, jeans azul, y botas en cuero color café; y que el fallecimiento fue consecuencia de un accidente de tránsito ocasionado por vehículo tipo volqueta (fls. 50 a 54 y 65 a 70 del archivo 01).

En este punto, se aclara que los documentos aludidos se estudian de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento y las reglas de la sana crítica para esclarecer la forma en que pudo acaecer el siniestro.

Así mismo, a juicio se allegó la investigación realizada por la empresa como consecuencia del fallecimiento del causante, en el que vale la pena resaltar que las condiciones en las que se presentó el siniestro, el clima era despejado con visibilidad optima y que el estado de la vía era angosta y sin berma, por lo cual no era apto para la movilización de equipo pesado; que el trabajador era Supervisor de Operaciones desde el 01 de noviembre de 2006 y que contaba con cursos en seguridad en transporte y vías; y que en el incidente se presentaron los siguientes hechos:

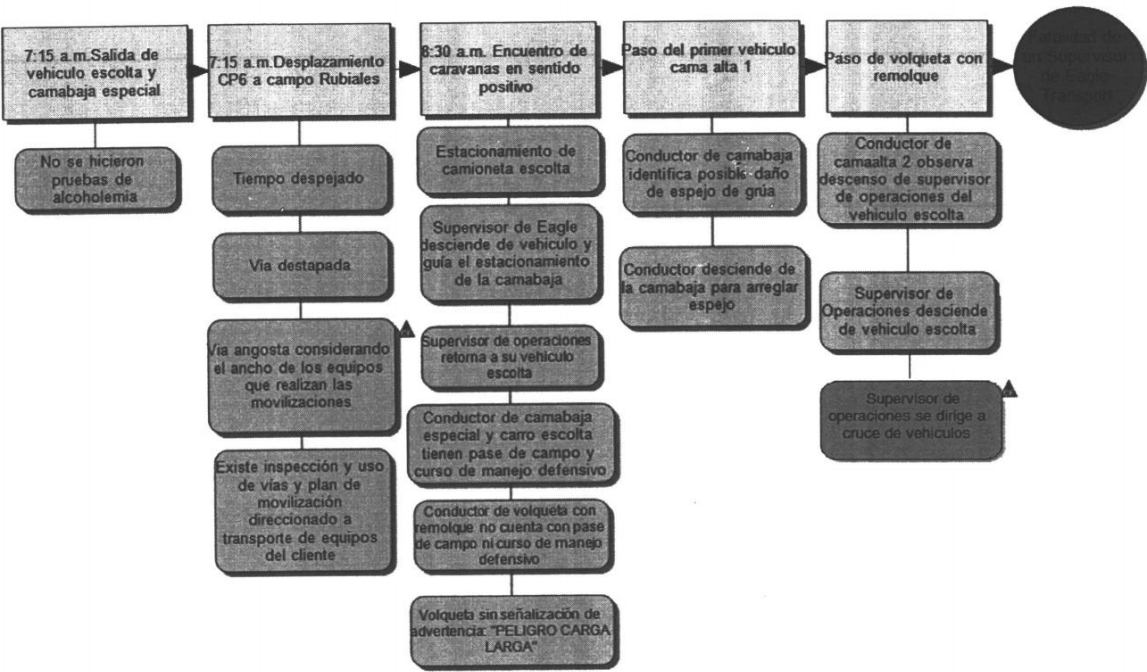
- 7:15 A.M. el trabajador en el vehículo escolta de placas TSU 460- propiedad del subcontratista Sartur- se encuentra con el vehículo la cama baja especial de placas TLM 518 R- 67816 con grúa larga para ser trasladada desde campo CP6 hasta Campo Rubiales.
- 8.30 A.M. En la Finca Maracuy, 3 kms más adelante del control de acceso de Bellavista se encuentran en posición positiva dos caravanas.
- El trabajador desciende por primera vez del carro escolta, en donde iba como copiloto, para realizar el procedimiento de orillar, parquear y asegurar la carga mayor (cama baja especial con grúa),

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

- que es transportada por EAGLE TRANSPORT S.A.S., con el fin de evitar colisión o volcamiento, dando paso a la carga menor (caravana compuesta por cama alta con contenedor, volqueta doble troque con zorro, y cama alta con contenedor), dadas las condiciones de la vía- angosta, sin berma- y cunetas profundas.
- Una vez finaliza el parqueo, según Mauricio Malagón- conductor-, el trabajador retornó al vehículo.
 - Durante el paso del primer cama alta, el señor Mauricio Malagón se percata de que este casi daña el espejo de la grúa, motivo por el que cierra el espejo. En ese momento dicho vehículo sigue la marcha sin detenerse.
 - Simultáneamente, el causante baja nuevamente del vehículo escolta, según versión del tercer y último vehículo de la caravana contraria y del señor Malagón, lo pierden de vista, y luego lo ven debajo del zorro de la volqueta (fls. 74 a 87 del archivo 01).

En la gráfica se verifica lo narrado:



Por otra parte, se observa que a folios 113 a 196 y 233 a 549 del archivo 04 (folios 489 a 567 y 591 a 780 en el expediente físico), el demandante allegó diversa documental; no obstante, mediante decisión del 19 de febrero de 2020 se declaró la ineficacia de la incorporación de tales documentos por haberse allegado de forma extemporánea, ordenándose por parte de esta Corporación que al peritaje allegado se le diera el trámite del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2015-00257 -04.

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

Código de Procedimiento Civil, por ser la norma vigente para la época en que se aportó (fls. 575 y 576 del archivo 02); decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Así, de la documental aludida, la Sala únicamente puede remitirse al peritaje visible a folios 233 a 256 del archivo 04, en el que se concluyó que el trabajador no contaba con los elementos y equipos necesarios para el transporte de carga de conformidad con el artículo 14, literales a) y d) de la Resolución 003800 de 2005 del Ministerio de Transporte; que el factor determinante del siniestro fue la falta de señalización o elementos que permitieran a los conductores involucrados, prevenir este tipo de eventos, ya que, al momento del siniestro, todos en absoluto estaban realizando una labor necesaria para continuar con la marcha, y si bien los conductores estaban evitando un accidente, fue precisamente la falta de equipos de señalización vial, las características de la vía, y las dimensiones del vehículo, las causas por las que falleció el trabajador.

En relación con dicho medio de prueba, según CSJ SL4346-2020 y CSJ SL2349-2021, los jueces pueden soportar su decisión en lo que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción, pues están sometidos a los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S. En ese sentido, expresamente en sentencia CSJ SL3992-2019, indicó que *“el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones”*.

En cuanto al acervo probatorio allegado por el empleador para acreditar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en el *in suceso* del trabajador, encontramos que, EAGLE TRANSPORT S.A.S. contaba para la fecha del siniestro con un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo que tenía como calenda agosto de 2013 según se aduce en la contestación de la demanda (fls. 62 a 96 del archivo 03). Dicho sistema se encuentra definido en el artículo 1° de la Ley 1562 de

2012 como aquel que *“consiste en el desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y salud en el trabajo”*.

Ahora bien, en el aludido plan de EAGLE TRANSPORT S.A.S. se define como máquinas, entre otros, los equipos de cama alta y baja, así como grúas, contiene matriz de peligros, riesgos e incidentes, en donde se resalta que obra un plan de prevención o programa de seguridad vial; que dicho programa se estructura en tres fases: requisitos para la conducción de vehículos, subprograma del tránsito, y recursos para seguridad de vía; y que en subprograma de tránsito se incluye lo atinente a entrenamiento de conductores, puntos críticos de la vía, velocidades de circulación, horarios de circulación, y medidas particulares o condiciones de seguridad vial.

En lo referente a puntos críticos de la vía, el programa estudiado señala que, antes se debe realizar una inspección de seguridad a la vía para determinar los puntos críticos de la vía, los que especialmente se avizoran en curvas horizontales de pequeño radio de curvatura, curvas verticales de gran radio de curvatura, y reducciones de calzada de tráfico. Igualmente, en este se aduce que todos los participantes, esto es, conductores, acompañantes y escoltas conocen la ruta en su totalidad y por lo tanto, los puntos críticos a tener en cuenta; que el jefe de escoltas es el encargado del manejo del tránsito; y que por lo anterior, con anterioridad debe investigar y solicitar reporte a través del frente de seguridad vial, posibles daños o restricciones existentes en la vía para poder realizar una programación de las movilizaciones.

De igual manera, en las medidas particulares o condiciones de seguridad vial se establece en relación con los vehículos y personal de escolta acompañantes que, el vehículo que circula en vías rurales lo debe hacer con un vehículo acompañante que transitará permanentemente adelante a una distancia de entre 30 y 50 mts para que advierta sobre los posibles peligros que pueden presentarse; que estos acompañantes estarán señalizados con avisos o banderolas que adviertan del transporte de carga,

además de permanecer con las luces de parqueo encendidas cuando tenga que ocupar el carril contrario; y que tanto los vehículos como el personal escolta, pertenecen al personal operativo de seguridad o contratados por medio de empresas especializadas. Asimismo, en la señalización de los vehículos se determina que los vehículos de carga como los acompañantes deben estar provistas de avisos “peligro carga extra-larga y extra-ancha”, señales luminosas de peligro.

Por otra parte, se allegan inducciones, capacitaciones y reinducciones realizadas al trabajador, constancias de reuniones diarias pre operacional y de seguridad, el tipo de botas que se usaban por parte del trabajador, el suministro de elementos de protección y/o dotación, así como las certificaciones de cumplimiento por parte de EAGLE TRANSPORT S.A.S. de las normas ISO (fls. 97 a 102, 129 a 136, 167 a 216, 220 a 240 del archivo 03).

Así mismo, se aportó matriz de identificación de peligros, valoración, y determinación de controles, en donde se señala que la coordinación de movilización de equipo, e inspección de vías, es una tarea rutinaria en donde se tienen como riesgos, el terreno irregular, desplazamientos, orden público, peligros generados por la vecindad, zona endémica, responsabilidad, manejo de información, y carga solar, así como sus respectivos controles tales como, inspección de la vía, evaluación de seguridad física, comunicación, protocolos de vacunación, capacitación enfermedades endémicas, seguimiento médico, programa de riesgo psicosocial, inspección de elementos de protección personal, hidratación, uso de gafas con protección visual y overol. En igual sentido, el transporte de equipos especiales, tuberías y diferentes materiales afines, presenta peligros similares aunado a otros, tales como, manejo de vehículos, presencia de redes eléctricas, funcionamiento de vehículos, que a su vez tienen controles como lo son, programa de seguridad vial, revisiones técnico mecánicas, lista de chequeo de vehículos, capacitación manejo defensivo, procedimiento de carga extrapesada y extradimensionada, procedimiento transporte de carga, inspección de vías, escolta, y técnico con pértigas, inspecciones de elementos de protección personal y programa de vigilancia de conservación

auditiva. En dicha matriz obra de igual manera un procedimiento de carga seca y/o líquida (fls. 103 a 129 del archivo 01).

Del mismo modo, existe constancia de la descripción del cargo del trabajador fallecido, en donde se determina que tenía las siguientes actividades: reporte diario de movilizaciones; verificar el diligenciamiento de los reportes diarios elaborados por el personal operativo; realizar informes requeridos y establecidos con el fin de evidenciar la gestión desarrollada o evidencias labores para el cliente; realizar charlas diarias pre ocupacionales, donde se analicen los riesgos y se asegure el entendimiento de los mismos además de dar las pautas operacionales, asignación de roles y responsabilidades de los participantes de la operación; reportar a mantenimiento las irregularidades o fallas detectadas en los equipos asignados en la operación; realizar el apoyo logístico administrativo y en gestión humana en las labores relacionadas que se requieran para el óptimo desarrollo de la operación; estar involucrado en la planeación, realización y supervisión del plan de movilización y del plan de izaje de cargas, en coordinación con el operador y aparejador del equipo; apoyar al operador en las actividades que realiza, buscando el éxito y trabajo seguro de la operación; velar por el cumplimiento de las políticas del cliente en campo; recopilar y entregar la documentación y reportes diarios generados en la operación; liderar el equipo de trabajo de la operación para su óptimo desarrollo; verificar la competencia del personal para la operación a realizar de acuerdo con el nivel de complejidad; controlar bajo las directrices de la empresa, la jornada del personal a su cargo en la operación; responsable del cumplimiento de las actividades y del personal involucrado en la operación; hacer el acompañamiento durante la realización de planes de izaje de cargas, y verificar que se realicen cada vez que se ejecute la actividad; supervisar la realización correcta de las inspecciones pre operacionales de los equipos/vehículos; y supervisar que se diligencia la bitácora de mantenimiento de los equipos/vehículos en tiempo real.

En cuanto a sus responsabilidades en HSEQ se resalta que debía conocer los riesgos propios de las actividades de los trabajo que realiza; cumplir los procedimientos del sistema integrado de gestión a su cargo; verificar junto con el supervisor HSEQ las condiciones seguras del terreno,

el lugar y condiciones para realizar la operación; y detener la operación si las condiciones de seguridad lo ameritan (fls. 164 a 166 del archivo 03)

Del mismo modo, compareció a rendir testimonio el señor **Carlos Julio Ardila Paredes**, quien señaló que para la fecha del accidente del causante trabajaba con EAGLE TRANSPORT S.A.S como Coordinador de Operaciones; que cuando ocurrió el accidente estaba en Rubiales, y el accidente ocurrió vía Rubiales; que le avisaron al día siguiente, por lo que, su llegada al sitio del accidente fue a las 7:30 - 7:40 A.M., aproximadamente; que el causante debía recibir turno en Rubiales; que en ese momento se estaba desplazando a Rubiales a recibir el turno en la mañana; que conocía las labores que tenía el causante para el ejercicio de sus labores, pues este era una persona competente, y tenía la experiencia suficiente para desarrollarse como supervisor de operaciones; que dentro de sus funciones tenía el arme y desarme de taladros, carga y descarga del taladro, y la movilización de cargas del trayecto a donde se movilizaba el taladro; que este no necesitaba estudios previos para ejercer el cargo de Supervisor porque él ya tenía experiencia y conocimientos con el tema de taladros y movilización de las carga; que las actividades que el exánime desarrollaba era que antes de cualquier movilización, él asistía a hacer una inspección de ruta para verificar riesgos acompañado de alguien del taladro, esto lo hacía para identificar peligros en vías y movilización de las cargas, y hacer el reporte de lo que evidenció; que otra función era planear el desarme y el cargue del taladro correspondiente que se iba a movilizar y definir bien en qué equipo o automotor –mula- podía movilizar ese tipo de carga; que una vez realizado lo anterior, se daba la orden para continuar con la movilización, autorizado y acompañado por el encargado del taladro; que esto se hacía cumpliendo con las normas internas de Pacific Rubiales y con las normas de seguridad vial y seguridad industrial de aseguramiento de las operaciones que realizaban; que en seguridad vial, en las vías debían asegurarse que todo estuviera correctamente y tuviera la señalización para dar vía a las cargas porque como eran tan grandes y pesadas tenían que darle vía para poderlas mover; que para el día del accidente de trabajo, el trabajador no se encontraba desempeñando las actividades que mencioné porque en ese momento no estaban moviendo equipo, él debía ir al día siguiente a Rubiales a recibir el turno y continuar con su operación en este

lugar; que ese día habían programado mover la grúa que se estaba movilizandoo para Rubiales, la que debía ir con camioneta escolta correspondiente para llevar la carga, que era chatarra; que esa fue la tarea que se le dio a él, no era movilización de equipo; que respecto de las condiciones de seguridad del sitio del accidente, el carro iba escoltado, y todo ocurrió en una vía interna de Campo Rubiales, una vía muy angosta para deslizar esa carga, donde cabía solamente el carro con la grúa; que esas condiciones de la vía eran conocidas por la empresa porque ya habían entrado varios taladros a trabajar allá, entraron y salieron por la misma vía; que por eso se hacía una inspección de rutas antes de cualquier movilización; que no se requería inspección de ruta porque no se iba a mover ningún equipo con carga de taladro, sino un traslado que se hacía de la grúa y la ruta era conocida tanto por el operador de la mula como por el supervisor de operaciones porque en esa ruta entra todo el equipo con carga de taladro; que la empresa contaba con todas las exigencias legales, A.R.L., E.P.S., HSEQ, certificados profesionales, conocía bien el área y la actividad; que cuando ocurrió el accidente no estaba en Rubiales; que cuando llegó al sitio del accidente ya estaba la policía judicial correspondiente para hacer el levantamiento de cadáver; que cuando se va a hacer movilización de carga de taladro sí se hace la correspondiente planeación para las cargas que se van a mover y por dónde se van a movilizar, pero para el caso de la grúa no había necesidad de hacerlo porque no era carga de ningún equipo de tripulación pendiente, era una grúa particular y se movía en una mula de la compañía; que Mauricio Malagón era quien movía la mula donde se llevaba la grúa, persona totalmente confiable y experto; y que para el momento del accidente no se contaba con la presencia de HSEQ.

Así las cosas, y conforme al material probatorio narrado, ciertamente considera la Sala que EAGLE TRANSPORT S.A.S. no logra acreditar con suficiencia las omisiones que se le endilgan, especialmente, la prevención, supervisión y cuidado al momento de efectuarse el acompañamiento mediante el vehículo escolta de placas TSU 460, de la cama baja especial de placas TLM 518 R- 67816 con grúa larga del campo CP6 hasta Campo Rubiales.

En efecto, si bien la Sala avizora que el siniestro acaeció mientras se circulaba en una vía rural, y que el vehículo TLM 518 contaba con un vehículo acompañante para que advirtiera sobre los posibles peligros que podían presentarse- el carro escolta-, y que el primer vehículo aludido contaba con señalización de avisos de peligro, lo cierto es que conforme al sistema de gestión de salud y seguridad en el trabajo de EAGLE TRANSPORT S.A.S., se debía realizar una inspección de seguridad de la vía, y con anterioridad se debía investigar y solicitar reporte a través de un frente de seguridad vial para verificar posibles restricciones existentes en la vía para poder realizar una programación de las movilizaciones.

De esta manera, y previo a que se efectuara el recorrido en donde ocurrió el siniestro era necesario que se verificara los posibles riesgos así como el encuentro con una posible caravana, para que se tomaran todas las medidas preventivas para lograr el paso sin mayores inconvenientes, pues como se adujo en la contestación de la demanda de EAGLE TRANSPORT S.A.S. se trataba de un paso carreteable (sic) no público.

Con esto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., se considera que lo dicho por el testigo Carlos Julio Ardila Paredes, no tiene el alcance suficiente para exculpar a EAGLE TRANSPORT S.A.S., pues además que sí se estaba transportando una carga según informe de investigación realizado por la empresa, como lo era la grúa aludida, era deber de la mencionada empresa realizar labores para verificar los posibles riesgos que se podían presentar mientras se movilizaba tal carga; para ello, debió desplegar todas las actividades necesarias que tendría un buen padre de familia en el cuidado de sus trabajadores, debiendo cerciorarse previamente de la caravana que atravesaba a la par en la vía y con ello tomar todas las medidas de prevención para evitar el *in suceso*, así como debía conocer las restricciones de la vía y las posibles complicaciones en la movilización de la misma, como lo en este caso era un paso que era sumamente angosto, que no contaban con berma y en el que habían cunetas profundas; mismo entendimiento que se colige del peritaje arrimado.

Aunado a ello, se encuentra en el perfil de descripción del cargo de HSEQ que se debió verificar junto con el supervisor HSEQ las condiciones

seguras del terreno, el lugar y condiciones para realizar la operación; no obstante, y conforme lo dicho por el testigo aludido no se contaba con la presencia de personal HSEQ.

Así mismo, ciertamente le asiste razón al apoderado de la parte actora en cuanto al incumplimiento de la Resolución 4959 de 2006 del Ministerio de Transporte que señala en su artículo 16, literal a), lo siguiente:

“Artículo 16. Condiciones de seguridad. En la realización del transporte de carga indivisible, extradimensionada, extrapesada o extrapesada y extradimensionada a la vez, consideradas en los artículos 8°, 9° y 11 de la presente resolución, se deberá cumplir con las siguientes condiciones de seguridad, en los casos que aplique según el permiso solicitado de acuerdo a la presente resolución, so pena de la cancelación inmediata del permiso correspondiente y sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar:

- a) Los equipos que se autoricen para transitar con carga en las vías rurales, deberán **circular con la presencia de (dos) vehículos acompañantes tipo utilitario (campero o camioneta) uno que transite permanentemente delante** del vehículo de carga, a una distancia entre treinta (30) y cincuenta (50) metros de este, para que advierta a los conductores de los vehículos que transitan en sentido contrario sobre los posibles peligros que pueden presentarse **y el otro que transite permanentemente detrás del vehículo de carga**, a una distancia entre veinte (20) y treinta (30) metros de este, para que advierta a los conductores de los vehículos que transitan en el mismo sentido sobre los posibles peligros que pueden presentarse, con excepción del transporte contemplado en el numeral 3 literal A) y en el numeral 2 literal B) del artículo 6°, en el cual sólo se requerirá del vehículo acompañante en la parte delantera.

Adicionalmente tanto para vías rurales como urbanas se exigirá el **acompañamiento durante todo el recorrido de un grupo de personas con conocimientos técnicos adquiridos mediante un curso específico en tránsito y seguridad vial** cumpliendo los contenidos mínimos que reglamente el Ministerio de Transporte, con certificado de aprobación expedido por entidad educativa del nivel superior, técnico o tecnológico, o por asociaciones de ingenieros legalmente constituidas que aglutinen profesionales cuyas funciones estén relacionadas con el transporte y el tránsito. **El grupo acompañante anterior estará conformado como mínimo por dos (2) miembros de una empresa privada** de las características contempladas en el literal g) del artículo 9° o de la empresa transportadora de la carga, provistos del equipo accesorio especificado en el literal g) del artículo 13 de la presente resolución, **que adviertan a los usuarios de la vía sobre los posibles riesgos que se pueden tener por la circulación de la carga a través de la carretera o calle y orienten el tránsito, quienes transitarán en vehículos distintos al que transporta la carga.** En el caso de los permisos de transporte contemplados en el artículo 8°, el personal acompañante estará constituido por una persona que cumpla las mismas condiciones indicadas anteriormente y deberá desplazarse adelante del vehículo de carga, con excepción de las vías urbanas de sentido único de circulación, caso en el cual se desplazará detrás del vehículo de carga;” (Negrillas por la sala).

En este punto se advierte que si bien, no se puede descartar que el trabajador contaba con experiencia en el cargo, capacitaciones, inducciones y reinducciones en tránsito y seguridad vial, de conformidad con CSJ SL16102-2014, CSJ SL261-2019 y CSJ SL443-2021, así el trabajador se encuentre suficientemente capacitado, tenga amplia experiencia o existiera exceso de confianza de su parte, lo cierto es que el empleador no se libera de su obligación de vigilar e inspeccionar las condiciones de trabajo y, hacer cumplir las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo.

En similar sentido, y frente al acto de bajar el trabajador del vehículo por segunda vez, y en donde infortunadamente se ubicó en un punto ciego donde no fue avizorado por el vehículo cama alta que estaba en sentido contrario al momento del siniestro, se rememora que para CSJ SL14420-2014, CSJ SL2336-2020, CSJ SL1897-2021, y CSJ SL5300-2021, esta circunstancia por si sola no exime al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, cuando aparece demostrado que el empleador falta a sus deberes o controles, como los que se sustentó en precedencia, así como por la falta de la totalidad de vehículos y personal acompañante, pues para que exista exoneración de responsabilidad, la culpa debió ser exclusiva de la víctima; no obstante, y además del incumplimiento del plan establecido en el sistema de gestión de salud y seguridad en el trabajo, no existe constancia de un tercer vehículo que acompañara la caravana donde estaba el trabajador fallecido ni de personal que cumpliera el perfil del literal g) del artículo 9° de la Resolución 4959 de 2006, que dispone que el personal técnico y auxiliar acompañante (señaleros y orientadores del tránsito), *“deberán portar durante todo el recorrido además de lo establecido en el Código Nacional de tránsito, elementos de seguridad vial como chalecos, reflectivos, paletas, banderas y linternas cumpliendo las especificaciones del Manual de Señalización Vial”*.

Del mismo modo, y como se adujo en la contestación de la demanda, el demandante estaba desplegando una actividad propia de su cargo, pues como Supervisor de Operaciones debía realizar el apoyo logístico administrativo y en gestión humana en las labores relacionadas que se requieran para el óptimo desarrollo de la operación; apoyar el operador en

las actividades que realiza buscando el éxito y trabajo seguro de la operación; liderar el equipo de trabajo de la operación para su óptimo desarrollo; responsable del cumplimiento de las actividades y del personal involucrado en la operación; y supervisar la realización correcta de las inspecciones pre operacionales de los equipos/vehículos, entre otras.

Finalmente, no sobra advertir que CSJ SC4204-2021 tiene establecido que la culpa exclusiva de un tercero se desata cuando el hecho originario del daño «¿-“*aparec[e] evidentemente vinculado [a un tercero] por una relación de causalidad exclusiva e inmediata [...]*”; sin embargo, en el caso en estudio si bien se denota que el carro cama alta con placas SVD 289 fue la que generó el deceso del señor Becerra Camargo, y que esta no tenía señalización, lo cierto es que, también se presentaron omisiones del empleador, -como se dijo previamente-, que permiten establecer su culpa y/o nexo causal en el daño que sufrió el trabajador.

Los anteriores argumentos son suficientes para considerar que el empleador incurrió en culpa patronal y por ende, se procederá a verificar los perjuicios a condenar.

Perjuicios Materiales e Inmateriales.

Los perjuicios que pueden ser reconocidos como consecuencia de la declaratoria de una culpa patronal, encontramos que son de dos categorías los daños materiales y los daños inmateriales; los primeros, son aquellos que afectan propiamente el patrimonio del perjudicado, y están divididos en daño emergente y lucro cesante; los segundos, son los que inciden en cualquiera de las esferas de la persona diferentes a la patrimonial, en los que se incluye el perjuicio moral.

Ahora, y en cuanto al **daño emergente**, CSJ SL2206-2019, ha señalado la posibilidad de reconocer dicho perjuicio, para lo que se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.

Al auscultar todo el acervo probatorio, no se encuentra acreditado los gastos con ocasión del accidente de trabajo en que perdió la vida el señor Becerra Camargo, especialmente el pago de honorarios ni los gastos generales que aduce la parte actora en su demanda, por lo que, no queda otro camino que absolver por tal concepto.

En cuanto al **lucro cesante**, la misma corporación ha adocinado en Rad. 2997 del 15 de octubre de 2008, rad. 2997, Rad. 31948 del 06 de marzo de 2012, y CSJ SL5154-2020, que dicha modalidad de perjuicios debe entenderse como el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el que comprende, lucro cesante pasado y futuro, siendo el primero, el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo 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 trabajador (SL18360-2017); para determinarlo, el juzgador debe sustentarse en fórmulas matemáticas y tener en cuenta factores tales como, la edad del trabajador al momento del accidente, expectativa de vida, salario devengado, entre otras variables.

De igual manera, CSJ Rad. 31948 del 06 de marzo de 2012, CSJ Rad. 29970 del 15 de octubre de 2008 y CSJ SL5154-2020, tiene adocinado que para que haya lugar a lucro cesante es necesario que por el deceso se hubiera dejado de percibir algún ingreso del que derivara su subsistencia, al menos en forma parcial, de modo que, se debe probar ese vínculo económico que implica una afectación por la pérdida de la colaboración proporcionada en vida por el causante, excepto que se trate de obligaciones que emanan de la propia ley, como por ejemplo las alimentarias de los padres para con sus hijos menores, caso en el cual no se requiere de prueba.

Con cargo a lo expuesto, es claro que en tanto acreditó el vínculo filial con la hija del trabajador ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ, esta tiene derecho a la indemnización a título de lucro cesante; y en cuanto a su cónyuge, también es posible derivar tal conclusión, pues de conformidad con el testimonio de Javier Antonio Quiñones Becerra, este era quien veía por su hogar, y ayudaba incluso a familiares en lo que podía; testigo que de igual

manera, fue estudiado de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. y del que no se encontró razones para desechar su dicho.

En ese punto, se aclara que para efectos del salario se tendrá la suma de **\$2'295.000**, esto es, \$1'795.000 aceptado en la contestación de la demanda más \$500.000 de bonificación, pues no aparece acreditado que su básico fuera de \$1'800.000, así como tampoco que percibiera por viáticos, \$1'000.000; recuérdese que para tal efecto, son insuficientes las consignaciones realizadas a la cuenta de nómina del trabajador, pues allí no se especifica el motivo de tal pago, por demás que el contrato de trabajo y su otro sí, así como las certificaciones laborales allegadas, no dan cuenta del reconocimiento de viáticos no siendo así con la bonificación, pues en certificación del 04 de mayo de 2010 se señaló que se recibía tal suma de forma mensual (fls. 153 a 176 y 203 a 209 del archivo 01 y 142 a 144 del archivo 03).

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

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias; no obstante, frente a la bonificación si bien se acredita que se pagaba de manera mensual, no se acreditó que no tenía como fin la contraprestación del servicio del trabajador.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2015-00257 -04.

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

Esclarecido lo anterior y, efectuados los cálculos pertinentes frente a la cónyuge, ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA, tenemos el siguiente resultado por concepto de lucro cesante consolidado y futuro:

CÁLCULOS DE LUCRO CESANTE Y LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
CALCULO LUCRO CESANTE CONYÚGE		
NOMBRE		ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA
FECHA NACIMIENTO		2/04/1962
FECHA DEL ACCIDENTE		6/02/2014
EDAD AL ACCIDENTE		52
SUPERVIVENCIA ESTIMADA		29,9
SUPERVIVENCIA EN MESES		358,8
TIEMPO LUCRO CESANTE FUTURO		235,53
INTERÉS LEGAL E.A.		6%
INTERÉS LEGAL MENSUAL		0,5%
SALARIO (- 25% GASTOS PERSONALES)	\$	1.721.250,00
% Pérdida de Capacidad		100,00%
Actualización salario	\$	2.979.519,23
TIEMPO		
FECHA INICIAL SINIESTRO		6/02/2014
FECHA FINAL SENTENCIA		22/03/2024
MESES PROBABLES DEL PROCESO		123,27

CALCULO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
LCC	\$	506.090.588,29

CALCULO INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO		
RA= $\frac{L.C.C.}{n}$	\$	4.105.656,48

CALCULO DE LUCRO CESANTE FUTURO		
LCF=	\$	286.746.935,42

TOTALES LIQUIDACIÓN		
LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	\$	506.090.588,29
LUCRO CESANTE FUTURO	\$	286.746.935,42
TOTAL LIQUIDACIÓN	\$	792.837.523,71

La deducción que se efectúa de un 25% al salario promedio mensual, corresponde al porcentaje que el trabajador empleaba en sus gastos personales y, encuentra fundamento en lo disertado por CSJ SL695-2013 y CSJ SL4913-2018, y por la Sala Civil CSJ Rad. 6975 del 05 de octubre de 2004.

Igualmente, y en relación con su hija **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ**, el lucro cesante en aplicación de CSJ SL492-2021, es dable realizar el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2015-00257 -04.

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

cálculo hasta los 25 años, por lo que, a diferencia del cálculo que se realizó con la madre la operación no es dable extenderla hasta la sentencia de segunda instancia sino hasta que cumplió tal edad, esto es, hasta el 03 de diciembre de 2019. Por la misma razón, no habría lucro cesante futuro, pues dentro del trámite del proceso acreditó la edad aludida. Así, se tiene que se adeuda por concepto de **lucro cesante consolidado**, la suma de **\$252’787.877,58**, según las siguientes operaciones aritméticas:

CALCULOS DE LUCRO CESANTE Y LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
CALCULO LUCRO CESANTE HIJA		
LCC =	$R (1+i)^n - 1$	
	i	
NOMBRE	ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ	
FECHA NACIMIENTO	2/04/1962	
FECHA DEL ACCIDENTE	6/02/2014	
INTERÉS LEGAL E.A.	6%	
INTERÉS LEGAL MENSUAL	0,5%	
SALARIO (- 25% GASTOS PERSONALES)	\$	1.721.250,00
% Perdida de Capacidad	100,00%	
Actualización salario	\$	2.979.519,23
TIEMPO		
FECHA INICIAL SINIESTRO	6/02/2014	
FECHA CUMPLIMIENTO 25 AÑOS	3/12/2019	
MESES PROBABLES DEL PROCESO HASTA 25 AÑOS	70,90	
CALCULO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
LCC	\$	252.787.877,58
CALCULO INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO		
L.C.C.		\$ 3.565.414,35
RA=	n	

En consecuencia se **REVOCARÁ la sentencia**, y en su lugar, se **CONDENARÁ** a EAGLE TRANSPORT S.A.S al reconocimiento y pago a favor de **ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA** por concepto de **lucro cesante consolidado**, la suma de **\$506’090.588,29**, y por **lucro cesante futuro**, **\$286’746.935,42**, y a favor de **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ** por concepto de lucro cesante consolidado, \$506’090.588,29.

No se impondrán frente a FABIO ORLANDO BECERRA CAMARGO como quiera, que no se acreditó ningún tipo de dependencia hacia el causante.

En cuanto a los **perjuicios inmateriales**, en lo referente a los perjuicios morales, sea lo primero aclarar que lo que se denomina daños morales objetivos y subjetivos, hoy hacen parte de una misma categoría denominados daños morales, no obstante, ser diferentes. En efecto, los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, síquicos, que no son susceptibles de describir.

Ahora bien, según lo establecido por CSJ SL13074-2014, CSJ CSJ SL4913-2018, CSJ SL2206-2019, y CSJ SL5154-2020, este tipo de perjuicio se encuentra revestido por una presunción hominis, según la cual la prueba de su existencia dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo, no de manera arbitraria sino como resultado de una deducción cuya fuerza demostrativa encuadra en clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, que le permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge.

No existe duda que el fallecimiento del causante generó aflicción e impacto emocional en esposa, hijo y hermano, por lo que, para cuantificar el perjuicio, la Sala en uso de su *arbitrio iudicis* considera razonable imponer los siguientes montos:

Nombre	Vínculo	Monto
Ana María Becerra Gómez	Hija	50 SMLMV
Esperanza Gómez Mancilla	Cónyuge	50 SMLMV
Fabio Orlando Becerra Camargo	Hermano	10 SMLMV

Por tanto, se **CONDENARÁ** a EAGLE TRANSPORT S.A.S. a asumir el pago de los valores aludidos.

Finalmente y en lo atinente al daño en la vida de relación, esta ha sido definido como la “afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, que impide

que algunas actividades ya no se puedan realizar o que requieren de un esfuerzo o genera incomodidades y dificultades” (CSJ SL4570-2019). Este tipo de daños ha sido definido CSJ SC665-2019 como la afectación en la esfera externa del comportamiento del individuo, esto es, *“en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico”*.

El reconocimiento del daño en la vida de relación al igual que los perjuicios morales se otorga al arbitrio del fallador; sin embargo, requieren prueba que lo acredite (CSJ SC22036-2017).

Pues bien, revisado el expediente, la Sala no advierte que se haya demostrado la afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales por parte de los demandantes, o que se hubiera demostrado que con ocasión del accidente de trabajo, están impedidos para realizar actividades placenteras de la vida, así como tampoco que les es imposible desarrollar sus proyectos de vida, situaciones distintas de la aflicción sufrida y que debe probarse; aspectos que deben acreditarse según lo dispuesto por CSJ SL2206-2019. En consecuencia, la Sala absolverá a la empresa demandada de los perjuicios por daño en la vida de relación.

Reajuste Pensional.

En consideración a que frente tal tópico únicamente fue objeto de impugnación el reajuste pensional y no la posibilidad de que se pagaran aportes al fondo de pensión, se hace menester advertir que no es factible acceder a tal reliquidación, tal y como lo anunció la juez de primera instancia, puesto que no existe constancia del pago de pensión de sobrevivientes a cargo de alguno de los demandados.

Pólizas de Seguros.

No se accederá a tal pretensión, pues no se avizora póliza de seguro que hubiera sido puesto a disposición de las demandantes en caso de fallecimiento del trabajador, así como por algún tipo de responsabilidad civil, la cual a todas luces, se escaparía, en todo caso, de la órbita del juez laboral. Igualmente, no observa la Sala que las normas con las que se sustenta tal pedimiento haga alusión a la obligatoriedad de constituir una póliza de seguros (artículos 286 y 314 y ss del C.S.T.), por lo que, no queda otro camino que absolver por tal concepto.

De la Responsabilidad Laboral de INVERSIONES LA ROCA H.R. S.A.S. y CONSTRUVICOL S.A.

Al respecto, se hace necesario reiterar que, en la culpa patronal se evalúa que exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, caso en el cual se requiere del elemento subjetivo de la culpabilidad- culpa leve-, es decir, *“la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”*, por manera que, las acciones u omisiones que se analizan no pueden ser otras que las del empleador, en el cumplimiento de sus deberes de prevención, diligencia y cuidado, por lo que, en tal sentido, no puede imponerse responsabilidad por este tipo de reparación de perjuicios a sociedades ajenas a la relación laboral.

Ello, sin perjuicio que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se encuentre alguno de los demás demandados son beneficiarios de la obra o verdaderos empleadores; aspectos que no se acreditan en juicio, por lo que, en ese sentido es dable su absolución.

Prescripción.

No se declarará teniendo en cuenta que se demandó el 16 de marzo de 2015 (fl.93 del archivo 01), esto es, dentro de los tres años siguientes de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2015-00257 -04.

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., a la ocurrencia del siniestro-06 de febrero de 2014-,

Indexación e Intereses Moratorios.

No es procedente la **indexación** de las condenas impuestas frente a ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA. Lo anterior porque el lucro cesante consolidado y futuro se calcula teniendo en cuenta el interés a la fecha de la sentencia y luego, de la expectativa de vida del trabajador fallecido, dentro del cual se cubre la depreciación del dinero; no siendo así frente a ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ, pues el lucro cesante consolidado condenado sólo se condenó hasta la fecha en que cumplió 25 años, por lo que, tal valor deberá pagarse debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago.

En cuanto el daño moral, al estar tasada en salarios mínimos legales vigentes, su valor se actualiza anualmente, es decir, se calculan con base en los salarios mínimos legales vigentes al momento de su pago (CSJ SL3860-2020).

No existe lugar a **intereses moratorios** de las condenas requeridas, toda vez, que no se encuentra disposición alguna que lo ordene en relación con los conceptos que fueron objeto de condena.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancia a cargo de EAGLE TRANSPORT S.A.S

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

- A. DECLARAR** que EAGLE TRANSPORT S.A.S. es responsable del accidente de trabajo que generó la muerte de Marco Tulio Becerra Camargo.
- B. CONDENAR** a EAGLE TRANSPORT S.A.S. a reconocer y pagar a favor de **ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA** en condición de cónyuge de Marco Tulio Becerra Camargo, con ocasión del accidente de trabajo que generó su muerte, los siguientes valores:
- **Lucro cesante consolidado**, \$506'090.588,29.
 - **Lucro cesante futuro**, \$286'746.935,42.
 - **Perjuicios morales**, 50 S.M.L.M.V.
- C. CONDENAR** a EAGLE TRANSPORT S.A.S. a reconocer y pagar a favor de **ESPERANZA GÓMEZ MANCILLA** en condición de hija de Marco Tulio Becerra Camargo, con ocasión del accidente de trabajo que generó su muerte, los siguientes valores:
- **Lucro cesante consolidado**, \$506'090.588,29; valor que se deberá reconocer debidamente **indexado** al momento de hacerse efectivo su pago.
 - **Perjuicios morales**, 50 S.M.L.M.V.
- D. CONDENAR** a EAGLE TRANSPORT S.A.S. a reconocer y pagar a favor de **FABIO ORLANDO BECERRA CAMARGO** en condición de hermano de Marco Tulio Becerra Camargo, con ocasión del accidente de trabajo que generó su muerte, por concepto de **perjuicios morales**, 10 S.M.L.M.V.
- E. ABSOLVER** a EAGLE TRANSPORT S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2015-00257 -04.

Demandante: **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ Y OTRA.**

Demandado: **EAGLE TRANSPORT S.A.S. Y OTROS.**

F. ABSOLVER a INVERSIONES LA ROCA H.R. S.A.S. y
CONSTRUVICOL S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

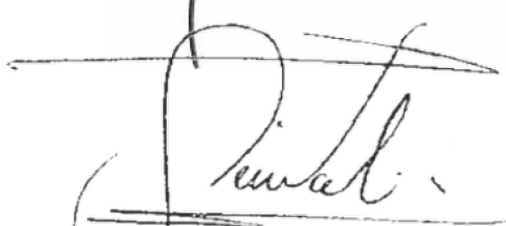
SEGUNDO. -. Costas en ambas instancias a cargo de EAGLE
TRANSPORT S.A.S.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

SALVO VOTO

AUTO

Se señala a cargo de EAGLE TRANSPORT S.A.S. como agencias en derecho
la suma de \$1'000.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de agosto de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA** adelanta contra **PORVENIR S.A.** y las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el régimen de prima media;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

en consecuencia, solicita se traslade los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, y gastos administración y, que COLPENSIONES valide tales rubros y reactive su afiliación al régimen de prima media.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES** (archivos 04, 07, 08, y 09) se oponen a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda, también incoó la de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARIA TERESA SALAMANCA ACOSTA**, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **1° de agosto de 1999**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **MARIA TERESA SALAMANCA ACOSTA identificada con C.C. 51.809.990**, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los

ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de todas las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS, PORVENIR Y SKANDIA. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLFONDOS S.A. manifiesta que siempre cumplió con el deber de información al momento de la asesoría, por demás que, la demandante es una persona mentalmente capaz, que podía analizar los argumentos de los asesores para determinar si realmente le convenía o no su traslado, y tomar esa decisión; que no es válido que, después de estar varios años afiliada al R.A.I.S. y al evidenciar que no se logró cumplir con los objetivos de ahorro, se pretenda tener la anulación de una afiliación completamente legal; que el deber de información y el deber de asesoría surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; que el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias del traslado no existía al momento en que la demandante se afilió al R.A.I.S., no se les puede exigir que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad, no habiendo responsabilidad por ello; que contrario a esto, el único y exclusivamente responsable es el afiliado; que tiene establecido un procedimiento de capacitaciones dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que entiendan y tramitan la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

información sobre las características propias del régimen a los posibles afiliados dado la particularidad de cada caso en concreto, lo cual ocurrió en este caso, según formulario de afiliación; que dicho formulario se ajusta a la ley, pues este evidencia que el ingreso de la demandante fue en cumplimiento de las exigencias legales; y que la demandante no utilizó el derecho de retractarse de la afiliación.

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, frente a los gastos de administración y primas de seguros indexados, señaló que si se declaró la ineficacia, esta trae unos efectos, como lo es dar aplicación a la normatividad que establece que debe darse el traslado de recursos del R.A.I.S. al R.P.M., la que no señala que se deban restituir tales rubros; que esto cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que por parte del fondo se han generado rendimientos y primas que se cancelaron oportunamente a la aseguradora respectiva; y que la indexación no se solicitó, no opera de manera automática, por demás que si se está generando una devolución de rendimientos se estaría compensando la depreciación de la moneda, por lo que, su imposición constituye una doble sanción a la administradora.

Finalmente, **COLPENSIONES** manifestó que, la afiliación realizada con COLFONDOS S.A. para 1998 se dio de manera libre y voluntaria; que según la Ley 797 de 2003, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad pensional; que el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ello, ordenar a COLPENSIONES al pago de las pensiones de los afiliados con ocasión a los retornos al R.P.M. implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los afiliados que han permanecido en tal régimen, lo que es consecuente con la jurisprudencia constitucional, y que establecía la prohibición de traslado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

adecuada para evitar la descapitalización del R.P.M. en detrimento de quienes están próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que cual fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar parcialmente la decisión de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, se avizora que la demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues desde el mes de octubre de 1990 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 22 a 32 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 30 de junio de 1999 (fl. 98 del archivo 07).

Por otra parte, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Por otra parte, y en lo referente al derecho de retracto, CSJ SL1217-2021 indicó, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a COLFONDOS S.A., no es menos cierto que obra formulario SIAF donde consta su afiliación el 30 de junio de 1999 (fl. 98 del archivo 07) y que al dar contestación al hecho 5 (marcado 4) de la demanda, esta A.F.P. acepta que la señora MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA realizó su afiliación (fls. 5 a 22 del archivo 07); además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que COLFONDOS S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada A.F.P. podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora SALAMANCA ACOSTA se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de junio de 1999) no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que, el asesor de COLFONDOS S.A. le indicó que de permanecer en el régimen público, sufriría graves perjuicios, dado que este no tenía suficiente sostenibilidad financiera, y seguramente quebraría, así como le indicó que se le garantizaba una pensión en el fondo privado, que se podría pensionar a cualquier edad sin cumplir los requisitos de ley, y que tendría una mesada superior en contraste con dicho régimen público; luego, de tales manifestaciones la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 28 de septiembre de 2001, y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 17 de septiembre de 2009 (fls.26 del archivo 08 y 16 del archivo 01), es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía este fondo de haberle brindado en el año 1999 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. Así, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta incluir los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

aludidos valores (CSJSL2173-2022). En consecuencia, es acertada la sentencia en cuanto a que se ordena que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. devuelva a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes pensionales, rendimientos, comisiones, bono pensional, seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por lo que tal decisión se confirmará.

Pese a ello y por las mismas razones expuestas, es dable **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR que PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben devolver con destino a COLPENSIONES, los valores pagados por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía;** todo ello, debidamente **indexado.**

Igualmente, se **MODIFICARÁ el aludido numeral** de la sentencia, en el sentido de DISPONER que los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a esta indexación se aclara que no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Igualmente, no se puede pasar por alto que la imposición de la indexación, es posible realizarla oficiosamente, pues comporta una condena adicional, es erige como una garantía constitucional (art. 53 C.P.), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, en ese orden no implica el incremento del valor de los créditos pensionales (CSJ SL359-2021).

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

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A deben devolver lo que le fue pagado por concepto de **gastos de administración, seguros previsionales y valores pagados para pensión de garantía mínima; tales rubros en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

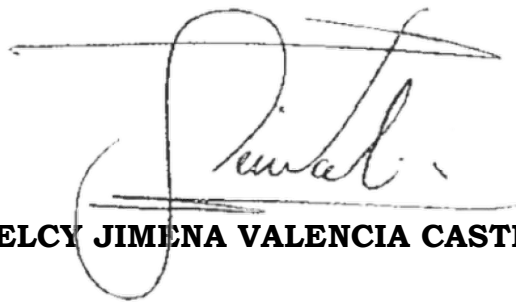


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00636 01.

Demandante: MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Elcy Jimena', is written over a horizontal line. Below the signature, the full name 'ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN' is printed in a bold, black, sans-serif font.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lorenzo - R', is written over a horizontal line. Below the signature, the full name 'LORENZO TORRES RUSSY' is printed in a bold, black, sans-serif font.

LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00522 01.

Demandante: OLIVA CASTILLO CHAVARRO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de junio de 2023, en proceso ordinario laboral que **OLIVA CASTILLO CHAVARRO** adelanta contra **PORVENIR S.A. y LA RECURRENTE**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que realizó del ISS – Colpensiones a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones el dinero existente en su cuenta de ahorro individual, con los réditos pendientes, incluyendo los gastos de administración cobrados; y a esta última a reconocer la pensión de vejez, el correspondiente retroactivo y el pago de los intereses moratorios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00522 01.

Demandante: OLIVA CASTILLO CHAVARRO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 98 a 139 archivo 01), presentó oposición a las pretensiones y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 142 a 194 archivo 01), se opuso a las pretensiones de la acción y, como excepciones de mérito propuso, entre otras, la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante OLIVA CASTILLO CHAVARRO, el 24 de febrero de 1998, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante OLIVA CASTILLO CHAVARRO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: ABSOLVER a la pasiva de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de la demandante OLIVA CASTILLO CHAVARRO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante el superior en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.

2.4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, indicó que, nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por cuanto no existió injerencia alguna por parte de esta administradora para que la actora tomara la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; que, para la época en que acaeció el traslado, esto es en el año 1998, la demandante no se encontraba inmersa en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, por lo que el entonces ISS aceptó dicho traslado por estar permitido, concluyéndose que Colpensiones es un tercero de buena fe al cual no se le pueden endilgar actuaciones en las cuales no tuvo competencia.

Manifestó que, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad tienen diferente forma de distribución del aporte, en tanto que han sido aproximadamente 24 años en los cuales Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante ni ha cobrado gastos de administración, lo que va en detrimento patrimonial de esta administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso de que la demandante retorne al RPM, ello en concordancia con la sentencia C-1024 de 2004, T-489 de 2010 y SU 130 de 2010.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00522 01.

Demandante: OLIVA CASTILLO CHAVARRO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

En caso de confirmarse la sentencia, solicitó condicionar el cumplimiento del fallo por parte de Colpensiones, al cumplimiento previo por parte de la AFP de las obligaciones que se les imponga, ya que esta entidad no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos; así mismo, que se ordene devolver las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración debidamente indexadas, por el periodo que permaneció afiliada al RAIS.

Finalmente, solicitó no se condene en costas a Colpensiones al no haber participado en el acto que se presume ineficaz y es un tercero de buena fe al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a esta entidad.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 24 de agosto de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 9 archivo 01 y fls. 5 y 12 archivo 03); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A. el 24 de febrero de 1998 (fl. 159 archivo 01).

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

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

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 159 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante

suscribió el 24 de febrero de 1998 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Castillo Chavarro se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (24 de febrero de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, máxime cuando en nuestra jurisdicción no existe tarifa legal de prueba.

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

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual, es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan

consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

² Ibídem.

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00522 01.

Demandante: OLIVA CASTILLO CHAVARRO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

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

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

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

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

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de la A.F.P Porvenir S.A., a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00522 01.

Demandante: OLIVA CASTILLO CHAVARRO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

- 1.1. ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, también deberá devolver los dineros descontados con destino a seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión y gastos de administración; todos estos rubros deberán pagarse debidamente indexados.
- 1.2. DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2019 00522 01.

Demandante: OLIVA CASTILLO CHAVARRO.

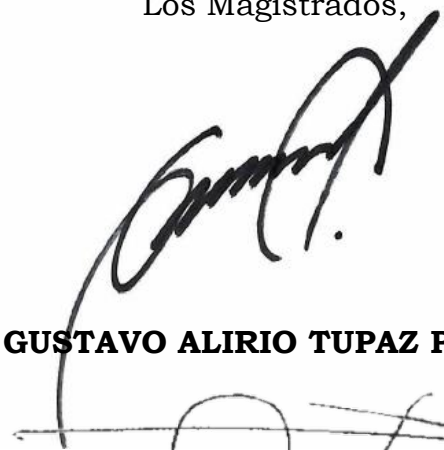
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

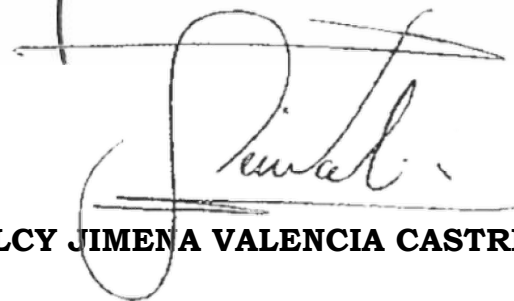
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00522 -03.

Demandante: **DIEGO FERNANDO CASTITLLO ALFONSO.**

Demandado: **QUICK HELP S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

AUTO

ACEPTAR la renuncia de poder elevada por la Dra. Johanna Andrea Peña Gómez identificada con C.C. 53.167.650 de Bogotá y T.P. 190.914 del C.S. de la j., como apoderada de QUICK HELP S.A.S., por encontrarse acreditados los requisitos del artículo 75 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **DIEGO FERNANDO CASTITLLO ALFONSO** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 18 de agosto de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **QUICK HELP S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 11 noviembre de 2009 hasta la actualidad; que es ineficaz la terminación efectuada el 23 de agosto de 2018; que es ineficaz el contrato de trabajo por obra o labor

determinada de duración a término fijo por cuatro meses suscrito por las partes el 28 de febrero de 2019 con efectos a partir del 26 del mismo mes y año; que son ineficaces las suspensiones del contrato de trabajo; y que no ha existido solución de continuidad en su nexo laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro, reubicación y/o reinstalación; indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; diferencia de salarios dejados de percibir desde 2016; salarios dejados de percibir del 19, 20 de marzo y 15 de mayo al 13 de junio de 2019; inclusión de las diferencias salariales y de los salarios aludidos para el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a seguridad social integral; sanción por no consignación de las cesantías; sanción por no pago de intereses a las cesantías; indemnización por despido sin justa causa; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 11 de noviembre de 2009 suscribió contrato de trabajo por obra o labor realizada con Servicios y Logística S.A., para desempeñar el cargo de Auxiliar de Apoyo Logístico- Camillero Corporación Hospitalaria Juan Ciudad; **2)** En 2011 le fue diagnosticada una “tendinitis calcificada y M725 fascitis, no clasificada en otra parte”, lo que generó que en octubre de tal anualidad su marcha fuera leve y con cojera por dolor en planta del pie y talón derecho; **3)** En 2012 se le diagnostica dolor crónico del pie; motivo por el cual en diciembre de tal año, se expiden recomendaciones temporales por seis meses, teniendo en cuenta los diagnósticos que presentaba; **4)** En febrero de 2013 nuevamente se emitieron recomendaciones, estableciéndose para marzo de tal anualidad por parte del galeno Hernán Alfredo Riveros Riveros autorización de cirugía sivectomía de tobillo parcial por astrocopia y resección de lesión osteocondral, perforaciones y 70 curetaje de tobillo por artro; la que se realizó en agosto de 2013; **5)** Famisanar E.P.S. emitió concepto de rehabilitación favorable; no obstante, en enero, junio de 2015, y febrero de 2016 expidió nuevamente recomendaciones médicas por existir un diagnóstico de “Artrosis Postraumática Cuello de Pie Derecho”; **6)** El 26 de abril de 2016 suscribió otro sí al contrato de trabajo por obra o labor, en donde se acordó un incremento por valores salariales y no salariales y que desde el 20 de abril de 2016 ocuparía el cargo de Recepcionista para el centro de trabajo Gerencia Administrativa y Financiera QUICK HELP S.A.S;

7) En 2016 fue contratado como Analista de Contratación devengando un salario mínimo, pese a que las personas que estaban en este cargo tenían un salario de \$900.000 y \$300.000 no salariales; **8)** En agosto de 2016 fueron nuevamente emitidas recomendaciones por parte de la Subdirección de Salud de Cafam; en cumplimiento de estas la demandada emitió recomendaciones en septiembre de 2017; **9)** Durante su tratamiento le fueron apareciendo enfermedades, tales como, apnea de sueño, insomnio, migraña, hipotiroidismo no especificado, hipoplasia de testículo y del escroto, síndrome de Klinefelter no especificado, cefalea, cervicalgia, dorsalgia no especificada, postura anormal, eosinofilia, trastornos del humor afectivos orgánicos, parestesia de la piel, artrosis primaria de otras articulaciones, dermatitis infecciosa, trastornos de la personalidad emocional inestable, otros trastornos de los hábitos y de los impulsos, lumbago no especificado, y obesidad no especificada; patologías por las que ha sido atendido en diversas especialidades médicas; **10)** El 23 de agosto de 2018 fue citado a diligencia de descargos por considerarse que incurrió en incumplimiento de sus deberes legales y de la jornada de trabajo; **11)** El 25 de agosto el 2018 se le realizó examen de egreso; **12)** Fue despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo; y **13)** Instauró acción de tutela que sería declarada improcedente en primera instancia, pero que en segunda instancia sería revocada y reconocería de forma transitoria su estabilidad laboral reforzada e impondría que se debe demandar dentro de los cuatro meses siguientes; **14)** El 22 de febrero de 2019 se dio cumplimiento a la orden de tutela por parte del empleador, siendo citado para trabajar el 25 de febrero de 2019; no obstante, recibió la carta al día siguiente; **15)** El 28 de febrero de 2019 suscribe contrato de obra o labor para la prestación de sus servicios como Analista de Contratación con efectos a partir del 26 del mismo mes y año; **16)** El 11 de marzo de 2019 le entregan medidas preventivas para el desempeño de su cargo; **17)** El 12 de marzo de 2019 fue citado a diligencia de descargos, señalándose el incumplimiento de las medidas preventivas aludidas, como la realización de pausas activas, y donde se explicó que no asistió por el exceso de trabajo; **18)** El 13 de marzo de 2019 fue sancionada con suspensión de dos días; **19)** El 30 de marzo de 2019 fue citado nuevamente a diligencia de descargos por incumplimiento en sus funciones, sin que se impusiera sanción alguna; **20)** El 07 de mayo de 2019 fue nuevamente citado a diligencia de descargos, siendo suspendido

de su cargo por 30 días; **21)** El 03 de junio de 2019, fue requerido por COLPENSIONES con el fin de aportar exámenes adicionales, o que radicó el 21 del mismo mes y año.

2. Respuesta a la Demanda.

QUICK HELP S.A.S. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, cargo, las recomendaciones impartidas por los entes de seguridad social, así como el acatamiento de estas; el concepto de rehabilitación favorable remitido por esta entidad; el otro sí celebrado el 26 de abril de 2016; el nombramiento del actor como Analista de Contratación, la cantidad de incapacidades que tuvo entre el 02 de febrero de 2013 y el 20 de febrero de 2015; el inicio de un proceso disciplinario el 23 de agosto de 2018, y que el trabajador rindió descargos; el examen de egreso que se le practicó al actor; la falta de solicitud de autorización para despedir al Ministerio del Trabajo; el reintegro por tutela del trabajador; las medidas preventivas comunicadas por parte de la empresa; la citación a descargos el 12 de marzo de 2019, su celebración, las razones que adujo el trabajador y la sanción; la citación a descargos el 29 de marzo de 2019, su celebración y archivo; y la citación a descargos el 07 de mayo de 2019, su celebración y la sanción.

Adujo que el demandante fue despedido con justa causa, ya que, este presentaba un atraso en sus funciones, no cumplía a cabalidad el horario de trabajo, no carga los documentos de los demás colaboradores oportunamente, y el 18 de agosto de 2023 se ausentó de la empresa desde las 9:30 A.M. sin solicitar permiso o autorización; que dichos hechos fueron aceptados por el demandante, evidenciándose la decidía en adelantar sus funciones; que se intentaron planes de mejora que el actor no cumplió; que al momento de la terminación del vínculo el actor no se encontraba en estado de estabilidad laboral reforzada, pues no tenía ninguna circunstancia de debilidad manifiesta ni de limitación física; que el despido no se efectuó en razón del estado de salud del trabajador sino por el incumplimiento en

sus deberes y obligaciones; que sólo hasta el 24 de febrero de 2021 se determinó la pérdida de capacidad laboral del trabajador; que el actor alega sus patologías desde 2011, por lo que, no resulta razonable que sólo siete años después se hubiera buscado su despido; que el salario por el cargo de Auxiliar de Contratación es el salario mínimo; y que goza de potestad disciplinaria y sancionatoria, por lo que, dentro de este marco podía sancionar a su trabajador si desconocía o incumplía reglamento interno de trabajo, o el contrato de trabajo, siempre y cuando se haga en el marco del debido proceso.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no hubo controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo, así como que el reintegro que goza en la actualidad tiene efectos transitorios; que atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra acreditado que al momento de la terminación del contrato de trabajo, la accionante padecía de una artrosis postraumática de cuello de puede derecho, la que se presentó desde 2012, por lo que, es una enfermedad de largo o mediano plazo; que aunado a lo dicho, existe evidencia probatoria – interrogatorio de parte, recomendaciones médicas y reubicaciones- que dan cuenta del conocimiento sobre la patología del empleador, sin embargo, frente a las barreras que impiden al actor desarrollar su labor, señaló que en 2015 sólo le dieron recomendaciones médicas por el término de seis meses, se adoptó por parte del empleador las medidas para superar tales barreras, pasando a ejercer los cargos de auxiliar de archivo y auxiliar de contratación; que en este sentido sus funciones fueron netamente administrativas, de suerte que el desarrollo de sus labores no tenían ningún tipo de impedimento frente a la actividad que desplegaba, tan es así que no volvió a presentar recomendaciones, reubicaciones, ni incapacidades prologadas; que el establecimiento de un P.C.L. por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez no es un baremo que permita establecer si hay lugar al reintegro, por demás que el resultado sería el mismo de tenerse en cuenta el criterio anterior de la Corte Suprema de Justicia, pues el proceso de

calificación inició casi dos años después de la terminación del vínculo y la fecha de estructuración es posterior al finiquito contractual; que las sanciones impuestas al trabajador se encuentran ajustadas a derecho, puesto que, el demandante al momento de rendir sus correspondientes descargos aceptó las faltas en las que incurrió pese a que se exculpó en el exceso de trabajo, esto no es de recibo pues tal circunstancia no se acreditó, por demás que es una obligación del trabajador cumplir con las recomendaciones médicas y de pausas activas, así como las tareas que le son asignadas y de los compromisos asumidos con su empleador; que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, pues además que no es sanción disciplinaria, se demostró que el demandante fue despedido por haber incurrido en un incumplimiento a sus funciones por la demora y ejecución baja, aunado a que no cumplía el horario de trabajo, y que existía un atraso en el puesto de trabajo, lo que se colige especialmente del interrogatorio de parte, de los descargos rendidos y de lo dicho por los testigos comparecientes; y que no hay lugar a nivelación salarial, dado que, en contraste con los demás trabajadores que ostentaban el cargo de analista, no se demostró que el demandante realizara las mismas funciones y que estas fueran en condiciones de eficiencia, por demás que el trabajador realizaba menor cantidad de funciones y sólo algunos de ellos tenían una bonificación por las funciones especiales que tenían.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** expuso que se deja de lado el análisis de la debilidad manifiesta en la que estaba incurso el demandante, pues la estabilidad laboral reforzada nada tiene que ver con la incapacidad ni con la discapacidad, sino por la limitación que puede tener el trabajador y que por esta exista discriminación; que si una persona puede hacer una labor, se tiene que mirar cuál es la limitación, frente a lo que la Corte Constitucional de forma temprana ha manifestado que no es dable exigir a una persona con limitación el mismo trabajo en contraste con quien sí la tiene, de modo que, si le exijo la misma cantidad ya lo estoy discriminando; que aunado a ello, está demostrado con el acervo probatorio que el actor padecía una enfermedad, que no fue contratado para ser Analista de Contratación sino como Camillero, que en este nuevo cargo no fue capacitado, y que existió

una persecución, puesto que se le exigía sin tener en consideración su situación de salud; que de igual manera, al momento de realizarse la terminación del contrato de trabajo, en el examen de egreso, relucieron la cantidad de patologías que presentaba; que siempre se quiso minimizar la labor del demandante, pero pese a ello, se le efectuaron suspensiones por el incumplimiento de sus funciones; que no se niega tales hechos que generaron las suspensiones, pero estas fueron desproporcionadas en consideración al estado de salud del actor, con lo que se evidenció una persecución laboral, por demás que no tuvo la posibilidad de una doble instancia; que la nivelación salarial hubo una carga similar a los demás trabajadores, tenía variaciones, pero hay una duda, había otros trabajadores con el mismo cargo y con una bonificación de \$200.000, por demás que estas eran habituales; y que no se debe condenar en costas, ya que, pues estas deberán imponerse a la parte demandada.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme al recurso de apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar que hay lugar al reintegro del trabajador por presuntamente gozar de estabilidad laboral reforzada por salud al momento de la terminación del contrato de su contrato de trabajo?, ¿se incurrió en un despido injusto?, ¿se encuentran ajustadas a derecho las sanciones de

suspensión impuestas al trabajador?, ¿es dable nivelar el salario del demandante frente a los demás analistas de contratación? y, ¿las costas se encuentran a cargo de la parte demandada?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y

que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos*

médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”.

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”.*

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *“los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo

actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*; criterio que reiteró en sentencia SL1152-2023.

Del mismo modo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria.

Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2023 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador.

Sentadas las anteriores premisas, encuentra la Sala en historia clínica que, desde el 13 de agosto de 2011, el demandante presentaba dolores en su pie derecho y, que conforme al concepto de rehabilitación de Famisanar E.P.S. del 24 de mayo de 2013, se determinó que el trabajador padecía de artrosis no especificada, dolor de articulación y fractura del astrágalo; que el tiempo de recuperación era superior a 180 días; que debía ser calificado por junta de calificación de invalidez, puesto que su enfermedad era crónica e irreversible; que se pretende que una vez el actor regrese a su trabajo, pueda efectuar sus servicios en la misma labor o ser reubicado; que con dicha operación se presentó una mejoría parcial; y que desde 2016 empezó a evidenciarse otro tipo de patologías, en adición a los trastornos de meniscos, como lo es el síndrome de Klinefelter y la cervicalgia (fls. 108, 109 y 123 a 384 del archivo 01).

Así mismo, obra dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en la que se diagnosticó que la demandante padecía de Cervicalgia, otros hipotiroidismos especificados, otros trastornos de los meniscos, síndrome de klinefelter no especificado (hipogonadismo hipogonadotrófico), y trastorno de ansiedad no especificado; patologías que encuentran en dicho estudio su antecedente más próximo en el examen del 21 de noviembre de 2016, en el que se hace referencia al hipogonadismo y hipogonadotrófico así como a problemas de hipotiroidismo que padece (archivo 13).

Durante la vinculación del demandante se le señalaron restricciones al trabajador en las que destaca:

- Famisanar E.P.S. el 21 de diciembre de 2012, en las que se estableció que se debía: disminuir manipular pesos por encima de 10 kg bimanual; disminuir posturas bípedas prolongadas; alternar postura bípeda a sedente (parada a sentada) cada 60 minutos, privilegiando la postura sedente; disminuir desplazamientos por terrenos irregulares, subir y bajar escaleras de forma continua; evitar jornadas laborales prolongadas; disminuir trauma repetitivo a nivel plantar bilateral; y utilizar zapato cómodo sin afectación de seguridad industrial y continuar controles.
- Clínica Nueva el 16 de febrero de 2013, en las que se recomienda no ejecutar fuerza o levantar objetos con las manos de peso mayor a 5kg, marchas prolongadas en terreno irregular – marcha con muletas sin apoyo de la extremidad lesionada-, no realizar actividades de posición de genuflexión prolongada, no ejecutar actividades en alturas, realizar pausas activas, y seguir estrictamente las orientaciones médicas.
- Famisanar E.P.S. el 19 de enero, 22 de junio de 2015, 05 de febrero, 30 de agosto de 2016, en donde se recomienda: evitar deambulación por terrenos irregulares y marchas prolongadas mayores a 30 minutos con descansos de cinco minutos; no realizar trabajo en alturas; evitar posturas fisiológicamente riesgosas como estar en cuclillas, arrodillado o pararse en puntas de pie en forma repetitiva; evitar subir y bajar escaleras en forma repetitiva; pausas activas; uso de calzado adecuado; controles médicos; control del peso; alternar posturas bípeda a sedente; laborar ocho horas al día; evitar manipulación de cargas; permitir rotación en las diferentes labores asignadas por meses; y evitar práctica de deportes de impacto (fls. 163, 165, 227, 235, 244, y 251 del archivo 01).

De esta manera, para la Sala es claro que el accionante presentaba una discapacidad física originada en meniscos que por su tiempo de evolución y por lo expuesto por Famisanar E.P.S. se trataba de una patología crónica. Igualmente, el demandante padece de síndrome de klinefelter no

especificado (hipogonadismo hipogonadotrófico), y trastorno de ansiedad no especificado, los que por el tiempo de padecimiento al igual que la primera patología en mención, es posible considerar que se tratan de padecimientos que no son temporales ni transitorios, y por el contrario se tratan de afecciones de mediano o largo plazo. Igualmente, se tiene que las recomendaciones aludidas fueron puestas en conocimiento del empleador, quien incluso firmó actas de compromiso con el trabajador, en las que se dispuso que, era obligación del jefe inmediato asignarle tareas compatibles con sus capacidades y es responsabilidad del trabajador cumplir con tales recomendaciones e informar al área de seguridad y salud en el trabajo si el jefe inmediato le asigna actividades incumpliendo tales observaciones (fls. 236 y 254 del archivo 01 y 68 del archivo 05).

De igual manera, en interrogatorio del representante legal de la demandada, señaló que el demandante fue reubicado en primera oportunidad en 2016; que motivo de las incapacidades del actor y teniendo en cuenta todo su proceso, este ha tenido durante todos estos años evaluación de su sitio de trabajo; y que la empresa sabía de las condiciones de salud del actor al momento del despido en el año 2018; que hacían exámenes ocupacionales cada año. Con lo dicho, se corrobora el conocimiento que la empresa tenía de la situación de salud del demandante.

Ahora bien, y en cuanto a las barreras para el trabajador no se puede pasar por alto que estas no son sólo de tipo actitudinal, sino que también se debe tener en cuenta las que se presentan a nivel social, cultural o económico, pues estas dentro de un entorno laboral impiden a un trabajador ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás. Al respecto, CSJ SL1152-2023 explica que las **barreras actitudinales** se refieren a aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad; las **comunicativas** son aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de

cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas; y las **físicas** son aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Así mismo, señala la sentencia aludida que, en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo, procurar la integración al trabajo regular y libre; que los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer “una carga desproporcionada o indebida” para el empleador, es decir, que el empleador debe realizar un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad y, en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

En tales condiciones, ciertamente está acreditado que el demandante inicialmente fue contratado como Camillero; sin embargo, si bien se firmó un acta de compromiso para el cumplimiento de recomendaciones emitido por Famisanar E.P.S., en 2016 se reasignó al demandante a un nuevo cargo, el cual fue el Analista de Contratación, según análisis de puesto de trabajo visible a folios 51 a 58 del archivo 01.

Ahora bien, en dicho cargo el demandante tenía las siguientes funciones: apoyo del proceso operativo de referenciación de perfiles operativos, solicitud de estudio de seguridad del personal reclutado, enviar pruebas de conocimiento establecidas al personal operativo seleccionado para su ejecución y entrega de cartas de vacaciones al área de archivo (fl.7 del archivo 18).

De igual manera, los testigos **Juan Diego Ariza, María Paulina Cuellar Gaona y Karina Geraldine Riveros Galeano**, señalaron que, tenía las funciones de realizar referencias laborales; apoyar al proceso de reclutamiento del área de talento humano; apoyar temas de archivo en el proceso de contratación; hacer llamadas en los procesos de validación de referencia, candidatos a procesos de reclutamiento y de selección;

entrevistas de retiro; manejar el drive y cargar documentos allí; prestar apoyos operativos a los demás analistas de contratación; que el actor no realizaba ninguno de los de los procesos como tal de desvinculación, sino apoyaba la ejecución, no la labor estratégica y de alto impacto, que es como tal una entrevista de trabajo, determinar si una persona es idónea o no para ocupar un cargo; y remitir correspondencia.

En ese orden de ideas, y conforme al análisis de puesto de trabajo aludido se tiene que las funciones principales son entrevistas de retiro, censos y cargue de documentación, para lo cual debe ejecutar tales laborales al 100% de los documentos solicitados y archivarlos en su lugar, digitar los censos, y realizar entrevista de retiros y recepción de llamadas (fls. 51 a 58 del archivo 01).

En ese sentido y a efectos de determinar si gozaba para el momento del despido de estabilidad laboral deprecada, era imperativo que se acreditara que “el desarrollo de sus roles ocupacionales no representaba una desventaja en el medio en el que prestaba sus servicios”; no obstante, y contrario a ello, considera la Sala que tal y como lo señaló el A Quo, ciertamente las barreras como consecuencia de sus patologías pueden entenderse removidas o mitigadas, puesto que no se evidencia que en este cargo existieran, el trabajador si bien se encontraba en situación de desigualdad, no puede predicarse su discriminación frente a otros trabajadores. Asimismo, en este nuevo cargo no se observa que tuviera que estar terrenos irregulares, realizar marchas prolongadas, realizar trabajo en alturas, estar en cuclillas, arrodillado o pararse en puntas de pie en forma repetitiva, subir y bajar escaleras en forma repetitiva, laborar más de ocho horas al día, manipular cargas, que se tratara de un deporte de alto impacto, así como se permitía una rotación, pues prestaba apoyo a los diferentes analistas de contratación.

En ese orden de ideas, estaba en cabeza del trabajador cuidar de su salud y acudir a los controles médicos, controlar su peso, realizar pausas activas, y alternar postura bípeda a sedente; respecto de lo cual no se observa que el empleador hubiera establecido algún tipo de barrera para su no realización, pues según los testigos aludidos podía acudir a citas

médicas- se suministraban permisos-, y existían espacios para pausas activas y para alternar las posturas referidas.

En consecuencia, se considera que le asiste razón a la A Quo, en cuanto a que las barreras para poner en situación de igualdad al trabajador fueron removidas y/o mitigadas y, en consecuencia, que el trabajador no gozaba de la especial protección deprecada por su condición de salud al momento del despido, de modo que, se confirmará la sentencia en este sentido, máxime si se observa que no se acredita ningún tipo de persecución laboral habida cuenta que durante los ocho años de relación, se atendieron recomendaciones, no se observa que se hubieren presentado quejas del trabajador en cumplimiento del acta de compromiso que suscribió, y que sólo se alegó falta de capacitación y una carga de trabajo desproporcionado cuando se efectuó su despido.

En todo caso, la Sala no considera que el demandante estuviera indebidamente capacitado, pues al rendir descargos aceptó que conocía sus funciones, ilustró acerca de cómo se debían realizar las entrevistas de retiro de personal, precisó el procedimiento a seguir al efectuar llamadas telefónicas, y explicó el trámite a seguir frente a los censos (fls. 75 a 81 del archivo 01), cosa diferente es que por su situación condición de salud no pudiera realizar las funciones en igualdad frente a los demás trabajadores y que por ello no pudiera cumplir y que por esto se pudiera configurar en un exceso de trabajo por condiciones particulares; sin embargo, dicho escenario no fue suficientemente acreditado, pues como se dijo en precedencia, aunado a que se realizó un cambio de cargo por parte del empleador para remover las barreras que impedían la ejecución de actividades, de conformidad con los testigos previamente aludidos las funciones que realizaba eran mínimas en contraste con las que debían cumplir los demás analistas de contratación, lo que se realizó acorde a su situación de salud.

En igual sentido, no obra en el plenario una recomendación adicional que permitiera colegir que el demandante tenía una carga excesiva o que no podía realizar la función que estaba ejecutando en virtud de su situación de salud. Por lo dicho, se confirmará la sentencia en cuanto a la absolución

impuesta por fuero de salud, máxime si se tiene en cuenta que se incurrió en una justa causa de despido como se verá más adelante.

Despido Sin Justa Causa. Procedimiento Disciplinario.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo (CSJ SL592 de 2014, y CSJ SL2386-2020).

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que, el hecho del despido se acreditó con la comunicación del 23 de agosto de 2018 obrante a folios 69 a 74 del archivo 01, en la que se dispone que el 02 de agosto de 2018 se tuvo una reunión con Juan Diego Ariza, Karina Riveros, Paulina Cuellar y el actor, y que en dicha reunión se evidenció que el proceso de entrevistas de retiro se estaba ejecutando pobremente y había muchísimos pendientes y tareas inconclusas que el cronograma de trabajo diario que el demandante debía seguir para poder cumplir a cabalidad con sus funciones y no tener retrasos, cronograma que él aceptó e inclusive pegó frente a su puesto de trabajo, empero que, la semana siguiente se evidenció que el proceso seguía sumamente atrasado con pendientes de inclusive tres meses; que de aproximadamente 1200 censos sólo se habían cargado 280; que el líder del área para garantizar el proceso, tomó todo el trabajo represado y lo ejecutó con ayuda de otros compañeros, con el fin de que el demandante estuviera al día con su trabajo y se pusiera al día con el objetivo de que no se atrasara nuevamente y no tuviera excusas; que no ha habido ninguna mejora, pues no se hace cumple con la labor de llamadas telefónicas, pues de 100 se han hecho 30; que en ese mismo correo se solicitó un plan de acción al actor y no ha habido respuesta por parte de este; que en las horas que debería estar realizando entrevistas de retiro, él

está pidiendo documentos o el archivo a otros empleados sin autorización del jefe inmediato; que se indicó que se debían hacer llamadas juntamente con el reporte de desvinculaciones y no se ha hecho así, se le mostró donde se debía llamar y cómo descongestionar y tampoco se ha hecho; que una Coordinadora de BPO envió un correo quejándose por las deficiencias del actor, ya que no está cargando los documentos de las colaboradoras oportunamente; que el 18 de agosto el actor reportó que había llegado más temprano para adelantar trabajo pendiente, sin embargo, a las 9:30 A.M. se fue de la empresa, dejando en evidencia que su única intención era salir temprano; y que el 21 de agosto se llamó al actor a las 6:39 A.M. y este no contestó y a las 9:00 A.M. cuando respondió dijo que estaba en cita médica y que no solicitó permiso, lo que afecta las funciones durante el día.

Así las cosas, le correspondía al empleador acreditar las justas causas a las que hizo alusión en la citada comunicación; circunstancia que se demostró pues al rendir descargos el demandante aceptó el incumplimiento en tales tareas y el atraso que presentaba, que en el cargue de entrevistas estaba en el 50-60% de cumplimiento, que no tenía permiso para ausentarse más temprano de su lugar de trabajo y que olvido avisar de su cita médica.

En este punto, se precisa que el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966 establece un procedimiento para despedir cuando se incurre en bajo rendimiento, como lo es requerir al trabajador dos veces con un intermedio de ocho días, y si persiste el bajo rendimiento ilustrar al trabajador con un cuadro comparativo del rendimiento en actividades análogas a efecto de que pueda presentar descargos dentro de los ocho días; procedimiento que no se cumplió para alegar el bajo rendimiento del trabajador.

Pese a ello, lo cierto es que el bajo rendimiento no es la única razón de tal terminación, pues como quedó visto, el demandante aceptó el incumplimiento del horario de trabajo y la insubordinación en que incurrió al no solicitar los permisos a sus superiores en las citas médicas que requería, lo que constituye una falta grave de sus obligaciones, por lo que, serán estas las razones por las que se considerará acertada la decisión de la A Quo de no reconocer indemnización por despido sin justa causa, pues ciertamente es obligación del trabajador poner de presente sus ausencias

para no generar algún tipo de traumatismo en la operación de la empresa, así como cumplir el horario laboral en los términos acordados con el empleador, por la misma razón.

Sanciones Disciplinarias.

Se sustenta este punto por parte del apoderado de la parte actora, en que estas fueron desproporcionadas en consideración al estado de salud del actor, con lo que se evidenció una persecución laboral, en adición a que no tuvo la posibilidad de una doble instancia.

Al respecto y conforme al criterio sentando en precedencia, se itera, al ser cambiado el trabajador de cargo y removerse las barreras que impedían la ejecución de sus funciones, resulta lógico que pudiera imponerse las sanciones que correspondieran por la falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador, a menos que se demostrará que tal asignación de funciones era desproporcionado, excesivo, o tenía origen en una persecución laboral; no obstante, insiste la Sala que la actividad probatoria para demostrar tales supuestos fácticos son precarias, no obra prueba alguna que permita considerar que las labores que tenía el trabajador atentaban contra su salud y que era excesivas para él, por lo que, era razonable que ante el incumplimiento en la prestación de un servicio que podía el demandante desempeñar a plenitud, se impusiera algún tipo de sanción.

En cuanto a la doble instancia, no obra norma alguna en el ordenamiento jurídico que obligue al empleador a agotarla cuando se labora en el sector privado, pues el artículo 115 del C.S.T. únicamente señala que se debe dar la oportunidad al trabajador de ser oído como a dos representantes del sindicato al que este pertenezca. Asimismo, no se allegó reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo de los que se pueda derivar que era imperativo agotarla, por demás que el contrato de trabajo nada dice al respecto. En consecuencia, se confirmará la sentencia frente a tal tópico.

Nivelación Salarial.

En cuanto a la **nivelación salarial**, se rememora que, el principio “*a trabajo igual, salario igual*” no es absoluto ni de aplicación inexorable, por cuanto exige que el cargo desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra, tal y como lo consagra la mencionada norma.

Así mismo, CSJ SL15023-2016 y CSJ SL2673-2023 tiene consolidado el criterio, según el cual, quien pretende la nivelación salarial por haber desempeñado otro cargo tiene la carga probatoria de demostrar el puesto que desempeña y la existencia de otro trabajador que se desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia, para con base en ello trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia remuneratoria.

Dicho esto, debe mencionar la Sala que no encuentra que la parte actora hubiera acreditado tales supuestos, pues si bien obra certificaciones de trabajadores con quien se puede efectuar la aludida comparación, lo que se avizora es que el demandante tenía menos funciones que los demás analistas de contratación, sin que se hubiere demostrado que en la realidad las funciones del demandante eran las mismas que los demás trabajadores. En efecto, nótese como el actor realizaba el apoyo del proceso operativo de referenciación de perfiles operativos, efectuaba la solicitud de estudio de seguridad del personal reclutado, enviaba pruebas de conocimiento establecidas al personal operativo seleccionado para su ejecución y entregaba cartas de vacaciones al área de archivo; sin embargo, trabajadores como Heidy Andrea Alba Rodríguez tenían a su cargo la elaboración de las afiliaciones a las entidades de Seguridad Social a todos los clientes internos, garantizar el ciclo de afiliaciones al 100% de todos los trabajadores; establecer contacto para la afiliación eficiente con las diferentes entidades de seguridad social; generar alianzas y estrategias con las entidades con el fin de desplegar y ejecutar las estrategias en pro del

cumplimiento de los indicadores del área de talento humano; registrar la información del personal contratado al sistema de nómina; garantizar y trazar el manejo de casos con clientes internos analizando respuestas en materia de novedades de seguridad social; gestionar y enviar contratos del personal seleccionado de acuerdo a los requerimientos planteados en la solicitud de personal; diligenciar, tramitar y entregar los documentos requeridos por las operaciones (afiliaciones, contratos entre otros); revisar la documentación del personal contratado teniendo en cuenta los requerimientos planteados y los lineamientos establecidos por la compañía y desarrollar e implementar estrategias de mejora continua en los procesos.

En igual sentido, frente a Leidy Yulieth Plazas Sarmiento, quien debía generar y revisar otro sí al contrato del personal (envió por medio de plataforma, seguimiento de firma, Actualización de drive e informe de gestión de cierre de los mismos), analizar las solicitudes de gestión de otro sí, realizando la proyección de los anexos a contratos laborales de las solicitudes registradas; diligenciar, tramitar y entregar los documentos (afiliaciones, carnés, certificaciones, entre otros) al personal encargado de cada unidad de negocio; garantizar la ejecución de la estrategia digital para la generación de certificaciones laborales, documentación de planillas de seguridad social y carnetización por la aplicación; gestionar la solución de los requerimientos del personal, implicando el despliegue y uso de las plataformas digitales a todos los colaboradores; actualizar datos del personal en el sistema de nómina; y generar estrategias de mejora continua con el fin de lograr el cumplimiento de indicadores establecidos.

En cuanto a María Mónica Quintero Pinto esta debía garantizar el cierre del ciclo documental al 100% de los colaboradores de la compañía, asegurando esquema de afiliación completo sin novedad, documentación de contrato completamente firmados; generar reportes estratégicos a las diferentes áreas, en materia de generación de novedades producto de la revisión de auditoría; generar estrategias para disminuir y solventar las novedades enfocadas en el cumplimiento de los indicadores del área; asignar y seguir novedades de la auditoria previa realizada; revisar y analizar la solicitud de retiro de cesantías, de acuerdo a los lineamientos otorgados por la compañía, verificando la validez de la documentación entregada; controlar

y seguir el traslado de entidades de seguridad social del personal; entregar y enviar archivo de historias laborales y documentación solicitada; y seguir y ejecutar estrategias planteadas con el objetivo de mejora continua y cumplimiento de indicadores

Del mismo modo, María Paulina Cuellar Gaona debía analizar la viabilidad desde el impacto legal a la compañía del proceso de desvinculación de las solicitudes de retiro del personal registrada; tramitar las solicitudes de retiro del personal de acuerdo al análisis realizado; gestionar y realizar los respectivos seguimientos de paz y salvos del personal retirado; ejecutar los procesos, las gestiones administrativas internas del proceso de paz y salvos para garantizar el pago de liquidaciones del personal desvinculado; proyectar documentación de desvinculación de acuerdo al motivo del retiro garantizando socialización oportuna a todos los excolaboradores; generar estrategias de mejora para el proceso de gestión de retiro de colaboradores y generación de paz y salvos en aras de lograr el cumplimiento de indicadores establecidos; realizar seguimiento de paz y salvo asignando la fecha de corte de nómina para pago de liquidaciones; y manejar solicitudes y requerimientos del personal analizando respuestas en materia de novedades de desvinculaciones.

Así mismo, y en cuanto a Nury Yuzeth Avendaño Sacristan tenía que elaborar las afiliaciones a las entidades de Seguridad Social (EPS, AFP, ARP y Caja de Compensación) a todos nuestros clientes internos; garantizar el ciclo de afiliaciones al 100% de todos los trabajadores; establecer contacto, para la afiliación eficiente con las diferentes entidades (EPS, AFP, ARL, etc.); generar alianzas y estrategias con las entidades con el fin de desplegar y ejecutar las estrategias en pro del cumplimiento de los indicadores del área de talento humano; registrar la información del personal contratado al sistema de nómina; garantizar y trazar el manejo de casos con clientes internos analizando respuestas en materia de novedades de seguridad social; gestionar y enviar de contratos del personal seleccionado, de acuerdo a los requerimientos planteados en la solicitud de personal; diligenciar, tramitar y entregar los documentos requeridos por las operaciones (afiliaciones, contratos entre otros); revisar la documentación del personal contratado teniendo en cuenta los requerimientos planteados y los

lineamientos establecidos por la compañía; y desarrollar e implementar estrategias de mejora continua en los procesos.

Finalmente, en lo que respecta a Valentina Rocha Medina esta debía garantizar el cierre del ciclo documental al 100% de los colaboradores de la compañía, asegurando esquema de afiliación completo sin novedad, documentación de contrato completamente firmados; generar reportes estratégicos a las diferentes áreas, en materia de generación de novedades producto de la revisión de auditoría; generar estrategias para disminuir y solventar las novedades enfocadas en el cumplimiento de los indicadores del área; asignar y seguir novedades de la auditoria previa realizada; revisar y analizar de la solicitud de retiro de cesantías, de acuerdo a los lineamientos otorgados por la compañía, verificando la validez de la documentación entregada; controlar y seguir el traslado de entidades de seguridad social del personal; entregar y enviar de archivo de historias laborales y documentación solicitada; y seguir y ejecutar de estrategias planteadas con el objetivo de mejora continua y cumplimiento de indicadores (fls. 7 a 17 del archivo 18).

De esta manera, no se puede considerar que el demandante desarrollaba iguales labores que los demás analistas de contratación, en términos de capacidad profesional o técnica, por demás que de conformidad con los pluricitados testigos, las labores del actor eran más de tipo operativas, por lo que no sería procedente una nivelación salarial, máxime si se tiene en cuenta que no se acredita que tiene la misma antigüedad y experiencia que los demás trabajadores estudiados.

En todo caso, y específico frente al trabajador Efraín Muñoz Ocampo, quien se menciona podía ser objeto de comparación, es menester tener en cuenta que aunado a que no se solicitó en el libelo genitor tal cotejo, no se encuentra que desarrollara las labores en los términos expuestos, pues este al rendir testimonio indicó que era Tornero, que llevaba 17 años al servicio de la demandada, que la labor del actor era de Impresor, y que esta función estaba tan escasa que incluso tuvieron que llevarlo a otra empresa por un tiempo, por lo que, en tales condiciones no es dable considerar que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00522 -03.

Demandante: **DIEGO FERNANDO CASTITLLO ALFONSO.**

Demandado: **QUICK HELP S.A.S.**

desempeñaban funciones similares con las que se puede nivelar su salario al de este.

Por sustracción de materia al no ser dable nivelar el salario con la bonificación que devengaban algunos de los asistentes de contratación, no es dable estudiar si este era factor salarial. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses del demandante se considera que es dable que asuma tal carga, por lo que es acertada la decisión de la A Quo en este sentido.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de agosto de 2023 por parte del Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00522 -03.

Demandante: **DIEGO FERNANDO CASTITLLO ALFONSO.**

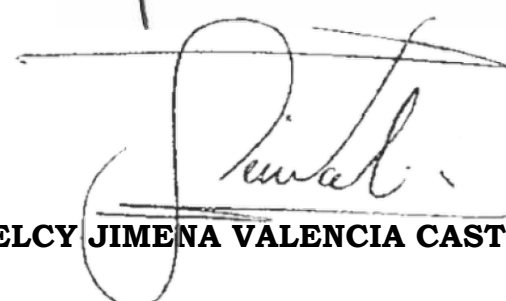
Demandado: **QUICK HELP S.A.S.**

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSI

AUTO

Se señalan a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$400.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2021-00069 -01.

Demandante: **DIEGO FELIPE CALDERÓN YEPES.**

Demandado: **LABORATORIO ZOO S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

AUTO

El 23 de enero de 2024, la parte actora al momento de presentar alegatos de conclusión efectuó una solicitud previa de decreto de pruebas, señalando que se debió aportar la prueba 24 anunciada en la demanda, en la que se requirió a la demandada para que allegara documentos que se encontraban en su poder y que fueron remitidos el 10 de febrero de 2021 (archivo 06; 02Segunda Instancia).

Al respecto, sea lo primero recordar que el artículo 83 del C.P.T y de la S.S., establece que es posible decretar pruebas en segunda instancia, sólo en los siguientes casos: (i) a petición de la parte interesada, cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin su responsabilidad y habían sido decretadas, y (ii) las demás que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta; normativa que puede armonizarse con lo previsto en el artículo 54 ejusdem, que faculta el decreto de pruebas de oficio para el completo esclarecimiento de los hechos (CSJ SL847-2021).

Pues bien, tal y como lo menciona el apoderado de la parte actora este estuvo presente en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., por lo que, en caso no haberse allegado la totalidad de la documental requerida por la demandada, era su deber presentar los correspondiente recursos frente a la decisión de la juez de primera instancia, por manera que, al no

hacer mención de esta situación en la etapa procesal correspondiente, la posibilidad de solicitar dichas pruebas se encuentra precluida en virtud del principio de eventualidad. Igualmente, la Sala considera que con los elementos probatorios allegados es posible tomar una decisión de fondo, por lo que, no se hará uso de la facultad oficiosa enunciada.

En consecuencia, no se accederá a la solicitud de incorporar pruebas al plenario en esta etapa procesal, máxime si se tiene en cuenta que ya se agotó una primera instancia en donde el apoderado de la parte actora guardó silencio frente a la omisión que pone de presente, y la posibilidad de incorporar tales probanzas, podría ir en detrimento del derecho fundamental del debido proceso de la parte demandada, especialmente frente a la posibilidad de discutir las mismas bajo la égida de una doble instancia.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 09 de agosto de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **DIEGO FELIPE CALDERÓN YEPES** adelanta contra **LABORATORIO ZOO S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita que el contrato terminó sin justa causa y/o ilegal, o en subsidio que tal finiquito contractual fue simulado, por lo que esta finalización carece de todo efecto. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, y auxilio de restaurante, juntos con sus aumentos anuales, dejados de percibir desde el 29 de febrero de 2020 hasta que se haga efectivo su reintegro, o en subsidio de dicho reintegro, el pago

de los emolumentos antes referidos junto con las diferencias salariales con destino al sistema de seguridad social, e indexación.

Subsidiariamente, solicitó se declare que al momento de la liquidación final de prestaciones sociales, se dejó de reconocerle las vacaciones causadas, su compensación, así como la incidencia en el pago de las cesantías; y que la demandada obró de mala fe. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de tales vacaciones, compensación por la falta de disfrute de estas, diferencia a favor por concepto de cesantías en la inclusión de vacaciones, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** El 20 de junio de 2017 ingresó a laborar al servicio de la demandada como Director Científico, mediante contrato a término fijo; dicho cargo era de dirección, manejo y confianza; **2)** Devengaba \$5'512.000; **3)** Fue despedido el 28 de febrero de 2020; decisión frente a la que interpuso los recursos de ley, sin que fuera pagado su salario durante el tiempo que demoró la respuesta suministrada por el empleador; **4)** Al finalizar el contrato de trabajo se dejó de pagar vacaciones, lo que también generó que sus cesantías fueran pagadas en un menor valor; **5)** No se dio cumplimiento al trámite establecido para efectuar despidos de conformidad con el Reglamento Interno de Trabajo; dicho reglamento no le fue entregado, desde la comunicación a descargos había expresiones que lo daban anticipadamente como responsable, sólo se otorgó un día para su defensa, - la que se realizó en realidad en cuatro horas de tiempo libre-, no alcanzó a contar con un abogado, no hubo traslado previo de pruebas, no se hizo mención de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los presuntos hechos, ni de cada una de las faltas en que presuntamente había incurrido; **6)** Desde la negativa de acceder a justificar los trámites de la empresa para obtener unas licencias en Panamá, entre el 11 y el 15 de febrero de 2019, el Gerente General, Mateo Rojas Pérez, modificó el tratamiento laboral hacia él; de lo cual no hubo solicitud de informe ni proceso disciplinario, así como tampoco por su ausencia a una reunión de la empresa celebrada el 23 de julio de 2019, pese a que no fue citado a esta; **7)** Lo dicho, dado que le estaban solicitando presentar documentación falsa

para obtener autorizaciones, como forma de suplir la imposibilidad económica de la empresa para financiar unos estudios, con lo que se estaba perdiendo un importante territorio de ventas; **8)** La prueba utilizada en descargos denominada “Copia del informe del biométrico de los meses Enero de 2020 y diciembre, noviembre, octubre de 2019”, tiene un uso no autorizado para fines de sus datos personales que incluyen sus datos biométricos; **9)** En el cuestionario de la diligencia de descargos se hicieron preguntas ilegales, por demás que se dejó transcurrir los tres días que se establece en el reglamento interno de trabajo para escuchar descargos, pues se realizó tres meses después, operando el fenómeno de la condonación de la falta; **10)** El reglamento interno de trabajo no contempla la impugnación de la sanción disciplinaria, de manera que le despido se surtió en efecto devolutivo y sin tener en cuenta la decisión del superior; **11)** Quien presidió la diligencia de descargos no se identificó civil o profesionalmente en dicha reunión ni en el acta; **12)** No era el único trabajador encargado de los asuntos relativos a las respuestas al ICA, no se presentó un informe del supuesto incumplimiento de su horario laboral; y **13)** En la carta de terminación del contrato de trabajo no se invocan causales de terminación del contrato de trabajo, y no realiza un análisis de los hechos dar por finalizado el vínculo laboral.

2. Respuesta a la Demanda.

LABORATORIO ZOO S.A.S. (archivo 16), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, modalidad, extremos temporales, salario, cargo, acto de terminación, así como que dio inició a un trámite disciplinario en contra del actor, que finalizó en despido.

Adujo que el despido no está contemplado reglamentariamente como sanción disciplinaria; que el contrato de trabajo fue terminado por el grave incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, ya que, este no atendió oportunamente una factura ICA, así como incumplía constantemente su horario laboral; que inició el trámite de despido tan

pronto conoció de los hechos que se presentaron y que justifican el mismo; que pagó de forma completa con el reconocimiento de vacaciones; y que el actuar de la empresa siempre ha estado presidido de buena fe.

3. Providencia Consultada.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que sólo en caso de gozar el trabajador de algún tipo de fuero por estabilidad laboral es posible ordenar el reintegro; que por lo anterior, lo único sería dable reconocer es el valor por concepto de indemnización por despido sin justa causa; que no tuvo en cuenta el testimonio de Ana Cecilia Cañón al observar contradicciones en su dicho; que del acervo probatorio es palmario que se despidió al trabajador alegándose una justa causa, es más se presentó recursos frente a tal decisión, por lo que no es dable ordenar reintegro; que, en gracia de discusión, está acreditada la justa causa reseñada, puesto que, el despido además de no ser sanción disciplinaria, el reglamento interno no establece un procedimiento para despedir, y se demostró que el trabajador omitió dar trámite a factura frente al ICA pues así se aceptó, tenía tardanzas injustificadas y/ incumplimientos en su horario laboral según soportes biométricos y prueba testimonial y no se presentó en debida forma informe de gestión según lo que el actor señaló en la diligencia descargos; que lo anterior, se alegó oportunamente al dar terminación el contrato de trabajo; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia las vacaciones no son salario y pueden ser compensadas en dinero, aspecto que se acreditó pues hay un pago de vacaciones anticipadas así como en la liquidación final; que para liquidar cesantías no se toma como factor las vacaciones; y que por lo anterior, no hay lugar a sanción moratoria, pues no se impone condena por salarios y prestaciones sociales.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se

dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme al grado jurisdiccional de consulta la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar que la terminación del contrato del demandante fue injusto, ilegal, y/o simulado, y por ello, ordenar su reintegro?, ¿se acreditó el pago de vacaciones?, ¿son las vacaciones un factor para liquidar prestaciones sociales? y, ¿está acreditada mala fe por parte del empleador, para que haya lugar al reconocimiento y pago de indemnización moratoria?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la Terminación del Contrato de Trabajo. Posibilidad del Reintegro.

Conforme a CSJ SL3827-2020 el despido sin justa causa, supone el ejercicio de la potestad que tiene el empleador de prescindir de los servicios del trabajador mediante el pago de una indemnización tarifada en el artículo 64 del C.S.T. En igual sentido, se impone recordar que con la expedición de la Ley 50 de 1990 desapareció la figura del reintegro para quienes son despedidos sin justa causa, quedando esta posibilidad en aquellas personas que en virtud de la terminación del contrato de trabajo tienen una vulneración de rango constitucional, como acaece cuando se goza de algún

tipo de fuero, como lo son, salud, maternidad, circunstancial, sindical, y prepensionado.

Así mismo, es dable el reintegro en aplicación a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, esto es, para los trabajadores que tenían diez años continuos de servicios, eran despedidos sin justa causa, y el juez considerara que dicha medida era más aconsejable que la indemnización; prerrogativa que continuó en favor de quienes a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, esto es, el 01 de enero de 1991, contaran diez años o más de labores y no hubieren renunciado (CSJ SL3424-2018 y CSJ SL1959-2021).

Así mismo, tal figura está prevista cuando se aduce que la terminación adolece de algún vicio del consentimiento, pues en estos casos, se sigue la consecuencia prevista en los artículos 1740, 1741 y 1746 del C.C. aplicables en materia laboral por autorización expresa del artículo 19 del C.S.T., lo que significa que “*produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*”, esto es, que el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y “*da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*” (CSJ SL4360-2019).

En el caso de marras, surge manifiesto que no se alega ningún tipo de fuero a favor del trabajador, el demandante no contaba con diez años de servicios al 01 de enero de 1991- ingresó el 20 de junio de 2017-, y no se alegó algún tipo de vicio del consentimiento, por lo que, en tales condiciones el reintegro deprecado no sería posible reconocerlo.

Ahora y si lo que pretende la parte actora es fundamentar tal reintegro en la vulneración al debido proceso por no agotarse en debida forma el trámite disciplinario en contra del demandante, es menester recordar que, CSJ SL15245-2014 y CSJ SL2351-2020, ha explicado que si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar en el evento de que dentro

de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo, y que la consecuencia de no seguir tal trámite sería la indemnización por despido sin justa causa.

Así mismo, es menester precisar que lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según CSJ SL2351-2020, lo que se acompasa con la SU-449 de 2020, en la que se determinó la exigencia de escuchar previamente al trabajador para valorar los hechos ocurridos, y verificar la entidad del acto cometido y constatar estas con arreglo a las justas causas de terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, y además que tal situación no generaría el acto de reintegro del trabajador, no encuentra la Sala que en el contrato de trabajo, Reglamento Interno de Trabajo o convención colectiva de trabajo se hubiera establecido que el despido era sanción disciplinaria (fls. 74 a 76 y 117 a 141 del archivo 01).

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

En el asunto, se acreditó el hecho del despido con la carta de terminación del 28 de febrero de 2020 obrante a folio 100 del archivo 16, en

la que se señala que el demandante le fue terminado su contrato, por cuanto descuido la respuesta que debía realizar de la comunicación del Instituto Colombiano Agropecuario- ICA sobre la factura 20190697409 y que a la postre generó una mora que interfirió en los procedimientos que debían adelantarse por tal entidad; que permitió que se afectara tanto el buen nombre como los intereses de la empresa; que abandonó reiteradamente el puesto de trabajo, antes de terminar la jornada laboral y sin autorización del jefe inmediato; que incumplió reiteradamente con el horario de ingreso, sin justificación o conocimiento por parte del jefe inmediato; y que presentó información inexacta y errada sobre las actividades ejecutadas.

Pues bien, para justificar tal despido al plenario se allegó solicitud del ICA donde ponía de presente que se adeudaba la factura 20190697409 del 25 de julio de 2019 y que dicha factura fue remitida al demandante por parte de tesorería (fls.101 a 104 del archivo 16). Frente a dicha función, se allegó Integración de Perfil y Manual de Funciones en el cargo que desempeñaba el demandante como Director Científico, en el que se da cuenta en el numeral 2.11 que era función del actor “Contestar las comunicaciones y requerimientos ante el ICA e informar a todas las dependencias vinculadas” (fls. 145 a 148 del archivo 16).

Del mismo modo, respecto de tal incumplimiento comparecieron a rendir testimonio **Camilo Arias Porras, Ana Cecilia Cañón y Jeanet Sierra Rodríguez**, quienes fueron claros en manifestar que, dentro de las funciones del actor estaba el manejo de facturas del ICA; que cuando no hay un pago oportuno de las facturas del ICA, este como acreedor hace un llamado de atención, ya sea, escrito o por llamada para que se haga el pago de las facturas o factura que se deba; que las facturas del ICA podían llegar al área de dirección técnica primero, ellos miraban y al darse cuenta de que no era para ellos, debía pasarlas a dirección científica, y viceversa; que en el área de Dirección Científica el único que ejecutaba las actividades relacionadas a la facturación del ICA era el demandante; que si bien la factura 20190697409 era de la Dirección Técnica se debió remitir al área de Dirección Científica por parte del actor; que a finales del 2019 e inicios del 2020 se generó un bloqueo por parte del ICA, en virtud del problema con la factura; que había constancia que al demandante le había llegado la factura

del ICA porque había unos correos enviados desde tesorería para que se pagara la factura; que a él se le envió ese correo desde agosto y era diciembre y no se había pagado; y que se determinó que la factura no se pudo pagar porque no tenía el visto bueno de dirección científica.

De esta manera, tal causal alegada está debidamente comprobada, pues ciertamente el demandante incumplió con sus obligaciones y deberes, por demás que, en el plenario también se acreditó que no cumplía en debida forma su horario de trabajo, pues los testigos Ana Cecilia Cañón y Jeanet Sierra Rodríguez dieron cuenta de ello, dado que el actor en diversas ocasiones ingresó a laborar más tarde y salió más temprano, lo que en adición se soportó con el registro biométrico visible a folios 119 a 122 del archivo 16.

Finalmente, y en cuanto al informe de gestión en la misma diligencia de descargos el demandante manifestó frente a la pregunta “sírbase manifestar razones en la falta de precisión sobre las actividades realizadas”, a lo que respondió que, “no estoy acostumbrado a entregar informes gerenciales” (fls. 96 a 99 del archivo 16).

Por tanto, aunado a que no sería posible el reintegro del trabajador, tampoco lo es, el reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa, pues las razones que alegó la empresa para efectuar la terminación del contrato de trabajo se encuentran debidamente comprobadas. Consecuencia de ello, no es dable ordena el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, y auxilio de restaurante, juntos con sus aumentos anuales, dejados de percibir desde el 29 de febrero de 2020 hasta que se haga efectivo su reintegro.

Vacaciones. Factor Salarial para Calcular Cesantías.

Las **vacaciones** son aquel descanso que se otorga a los trabajadores por haber laborado durante un año, deben ser remuneradas, de manera que se siguen recibiendo a pesar de que no se esté laborando. En ese sentido, el artículo 186 del C.S.T. dispone que *“Los trabajadores que hubieren prestado*

sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.”

De esta manera, las vacaciones se causan una vez se cumple un año de trabajo, de modo que cada año de servicios prestados da derecho a tal beneficio; sin embargo, el artículo 187 *ejusdem* faculta al empleador para que las otorgue a más tardar dentro del año subsiguiente, ya sea porque son concedidas oficiosamente o a petición del trabajador.

Igualmente, el artículo 190 *ejusdem* señala que, el trabajador gozara anualmente, por lo menos de seis días hábiles continuos de vacaciones, los que no son acumulables; que las partes pueden convenir en acumular los días restantes de vacaciones hasta por dos años; la acumulación puede ser hasta por cuatro años, cuando se trate de trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo o de extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de sus familiares; y si el trabajador goza únicamente de seis días de vacaciones en un año, se presume que acumula los días restantes de vacaciones a las posteriores.

En el caso objeto de estudio, tenemos que el demandante alega que no se pagaron las vacaciones con la liquidación final de prestaciones sociales; no obstante, tal y como lo advirtió la A quo estas fueron pagadas de forma anticipada. En efecto, al plenario se allegaron las constancia de concesión de vacaciones de los periodos del 20 de junio de 2018 al 19 de junio de 2019 y del 20 de junio de 2019 al 20 de junio de 2020, por lo que, en ese orden de ideas se tiene por acreditado el reconocimiento tal acreencia laboral (fls. 125 a 127 del archivo 16).

En cuanto a la falta de inclusión de **las vacaciones como factor salarial para liquidar cesantías**, el artículo 253 del C.S.T. establece que Para liquidar dicho auxilio *“se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año”*, por lo que, es claro que las vacaciones no inciden en dicha liquidación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2021-00069 -01.

Demandante: **DIEGO FELIPE CALDERÓN YEPES.**

Demandado: **LABORATORIO ZOO S.A.S.**

Indemnización Moratoria e Indexación.

En cuanto a la sanción moratoria el artículo 65 del C.S.T. establece su pago a falta de pago oportuno de salarios y prestaciones sociales; no obstante, no se encontró acreditado tal escenario. Igualmente, y dado que no se impone condena alguna no habría lugar a ordenar indexación, pues con esta lo que se buscaría es evitar la pérdida del poder adquisitivo de las mismas.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 09 de agosto de 2023 por parte del Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia.

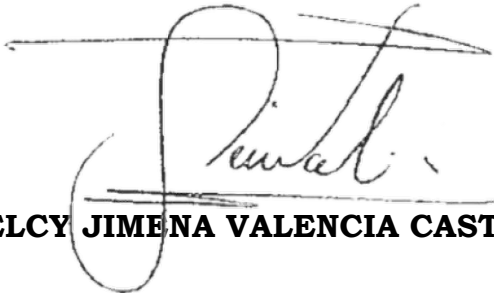
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2021-00069 -01.
Demandante: **DIEGO FELIPE CALDERÓN YEPES.**
Demandado: **LABORATORIO ZOO S.A.S.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00210 -01.

Demandante: **JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY.**

Demandado: **INVERSIONES MQS S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **INVERSIONES MQS S.A.S.** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de junio de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo entre el 27 de octubre de 2017 y el 29 de febrero de 2020. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de 25 turnos de trabajo de 12 horas cada uno; cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, sanción por no consignación de las cesantías, subsidio de transporte, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 27 de octubre de 2017 ingresó a laborar al servicio de la demandada

para desempeñar el cargo Oficios Varios, mediante contrato de trabajo verbal; **2)** Laboraba en un horario de trabajo de 6:00 A.M. a 6:00 P.M. de lunes a sábado; **3)** Devengaba el salario mínimo; **4)** Laboró hasta el 29 de febrero de 2020; **5)** No le pagaron las acreencias laborales que reclama ni le fueron efectuados aportes a pensión, con excepción del abono de la suma de \$800.000 por concepto de prima de servicios en 2019 y de los abonos realizados por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, en las que se pagó \$1'085.600 y \$2'100.000 el 02 y 05 de marzo de 2020, respectivamente; y **6)** Ha solicitado en varias ocasiones el pago de sus acreencias laborales; no obstante, el empleador no ha emitido respuesta.

2. Respuesta a la Demanda.

INVERSIONES MQS S.A.S. (archivo 07) se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó el valor del salario, la fecha de terminación del vínculo laboral, y los pagos realizados.

Adujo que el demandante ingresó a laborar en mantenimiento y servicios generales en varias de las firmas que conforman la persona jurídica, durante los periodos del 05 de febrero de 2018 al 05 de enero de 2020; que los extremos temporales fueron del 15 de enero de 2018 al 29 de febrero de 2020; que obra contrato de trabajo escrito; que el actor prestaba sus servicios en un horario de ocho horas, pese a que vivía en el mismo lugar donde laboraba; que por lo anterior, se acordó no pagar auxilio de transporte; que el único requisito para tener el contrato de trabajo es avisar su terminación con anterioridad, por demás que para la época inició la pandemia generada por el Covid-19; y que al momento de la liquidación de prestaciones sociales se quedó a paz y salvo con cualquier suma que se le pudiera adeudar al trabajador.

3. Providencia Recurrida.

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

Demandante: **JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY.**

Demandado: **INVERSIONES MQS S.A.S.**

PRIMERO.- DECLARAR que entre JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY e INVERSIONES MQS S.A.S. como propietaria del establecimiento de comercio MONTE LUNA CENTRO DE EVENTOS, existió un contrato de trabajo, para que el trabajador desempeñara el cargo de oficios varios, vigente desde el 05 de febrero de 2018 al 5 de enero de 2020, devengando como salario uno equivalente a 1SMMLV.

SEGUNDO: CONDENAR a INVERSIONES MQS S.A.S. como propietaria del establecimiento de comercio MONTE LUNA CENTRO DE EVENTOS, a pagar a favor del demandante JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY los siguientes conceptos:

- a. Por cesantías la suma de \$ 1.545.595,63 del periodo laborado por el 2018, 2019 y 2020.
- b. Por intereses a las cesantías la suma de \$135.800 causados durante la vigencia de la relación laboral.
- c. Por prima de servicios la suma de \$745.795,63 a la cual hay que advertir conforme se expuso en la parte resolutive ya contiene el descuento que le fue pagado por primas de servicios durante el año 2019.
- d. Por vacaciones la suma de \$772.797,81
- e. Por sanción por no consignación de cesantías \$9.363.232
- f. Por sanción moratoria la suma del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, la suma diaria de \$29.260 desde el 06 de enero de 2020 hasta que se haga efectivo el pago por prestaciones sociales.
- g. Condenar a la demandada la obligación de hacer en el pago de aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, para lo cual, ejecutoriada la decisión se concederá un término de 15 días al demandado para obtener el cálculo actuarial por falta de afiliación desde el 5 de febrero de 2018 hasta el 5 de enero de 2020 teniendo como IBC el SMMLV; luego de ello se le concederá el mismo término, es decir, 15 días hábiles para que pague la obligación ante la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandado.

TERCERO: ABSOLVER a INVERSIONES MQS S.A.S. como propietaria del establecimiento de comercio MONTE LUNA CENTRO DE EVENTOS, de las demás pretensiones planteadas en la demanda.

CUARTO: COSTAS a cargo del demandado INVERSIONES MQS S.A.S. fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Para arribar a la anterior decisión señaló que se acreditó el contrato de trabajo, como quiera que obra certificación emitida por el representante legal de la demandada, donde se acepta tal relación; que no se toma los extremos temporales solicitados en la demanda, ya que, se acudió a las del certificado enunciado, por demás que no es dable acudir a la liquidación de prestaciones sociales, pues esta no fue elaborada por la empresa demandada, sin que se demostrara unidad empresarial alguna; que conforme a lo anterior, es dable el reconocimiento de prestaciones sociales y vacaciones; que no se liquidó incluyendo auxilio de transporte, pues el demandante vivía en el mismo sitio donde laboraba; que de dichas operaciones también se descontaron los valores que el demandante aceptó en prima de servicios; que por las mismas razones, hay lugar a reconocer aportes a pensión mediante cálculo actuarial; que es dable imponer sanciones moratorias, dado que no se acreditó el cumplimiento del pago de las cesantías y no se demostró el pago de prestaciones sociales, máxime si

se tiene en cuenta que se buscó beneficiar de una liquidación de prestaciones sociales de una empresa diferente; que no se acreditó el hecho del despido; y que no fue objeto de debate la calidad de extranjero del trabajador demandante.

4. Argumentos de la Recurrente.

INVERSIONES MQS S.A.S. dijo que no se tuvo en cuenta frente a la relación laboral que esta era derivada de Armon, quien era la empresa encargada para contratar personal en Monte Luna; que se advirtió que esta era la que realizaba los pagos; y que se manifestó que el señor sólo se dedicó a una actividad laboral, y no laboraba más de ocho horas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible considerar que INVERSIONES MQS S.A.S. se trataba del verdadero empleador del demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción; por lo que, con independencia de que la parte actora hubiere consentido la celebración de un contrato civil, al ser considerada la parte débil de la relación laboral, sí aparecen acreditados tales presupuestos, se estará en presencia de un contrato de trabajo.

Descendiendo al caso, se avizora que en el folio 10 del archivo 01 se allegó certificación emitida por Pablo Andrés Torres Hernández como Gerente General de Monteluna Centro de Eventos (INVERSIONES MQS S.A.S.), en donde manifestó que el demandante laboró en la empresa en el cargo de Mantenimiento y Servicios Generales entre el 05 de febrero de 2018 y el 05 de enero de 2020. Al respecto, se rememora frente a las certificaciones emitidas por el empleador que, en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en ellas, deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

De esta manera, para la Sala es claro que con la certificación allegada es posible tener por acreditada la relación laboral, y si bien era posible desvirtuar la aludida relación laboral, el empleador debía realizar una labor demostrativa y persuasiva sólida para ello; no obstante, y contrario a ello, las pruebas allegadas a folios 8 a 11 del archivo 07 únicamente dan cuenta de la afiliación a salud del trabajador, así como compareció a rendir interrogatorio de parte el representante legal de la empresa, quien si bien manifestó que suscribió tal documento por una equivocación y que era Armon Creación & Producción S.A.S. quien se dedicaba a contratar personal de Monteluna Centro de Eventos, lo cierto es que de su misma declaración se logra derivar que el demandante prestaba sus servicios en Monteluna Centro de Eventos, que este era un establecimiento de comercio, y que el propietario de esta era la empresa demandada así como el lugar donde se hacían los eventos de esta, por lo que, con tal declaración no se lograr desvirtuar el contenido de la certificación visible a folio 10 del archivo 01, máxime si se tiene en cuenta que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00210 -01.

Demandante: **JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY.**

Demandado: **INVERSIONES MQS S.A.S.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 02 de junio de 2023 por parte del Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa.

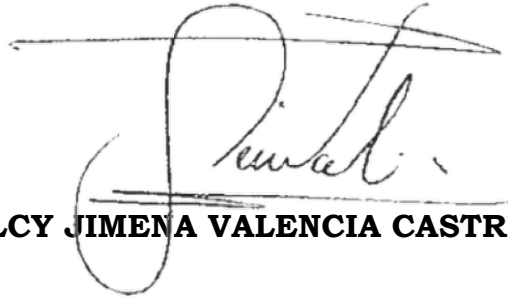
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00210 -01.

Demandante: **JHITZON RAMÓN MONTERO PATIARROY.**

Demandado: **INVERSIONES MQS S.A.S.**



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señala a cargo de INVERSIONES MQS S.A.S. como agencias en derecho la suma de \$500.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de junio de 2023, en proceso ordinario laboral que el señor **JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA** adelanta contra la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; así mismo, deprecia la indexación de la primera mesada pensional y el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Nació el 11 de noviembre de 1958, cumpliendo 62 años de edad el mismo día y mes del año 2020; **2)** Trabajó en varias empresas privadas, realizando cotizaciones al antiguo ISS hoy Colpensiones, por el periodo comprendido entre el 07 de marzo de 1977 y el 31 de enero del 2020, acumulado un total de 1.542,29 semanas; **3)** Además de su labor como trabajador del sector privado, también se desempeñó como docente del Magisterio, durante el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 1988 y el 11 de noviembre de 2013, vinculado a través de la Secretaría de Educación de Bogotá; **4)** Le fue reconocida, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, una pensión de jubilación, a través de la Resolución No. 2598 del 24 de abril del 2014 y para ello únicamente fue incluido el tiempo laborado como docente oficial; **5)** Cuenta con 63 años y 1.542,29 semanas cotizadas con destino a Colpensiones; **6)** Mediante solicitud No. Colpensiones-2021-3210863 del 17 de marzo del 2021, a través de su apoderado, elevó solicitud de reconocimiento pensional; **7)** Dicha petición fue resuelta a través de la Resolución SUB 162168 del 12 de julio del 2021, la cual fue notificada personalmente el 30 del mismo mes y año, negando la prestación solicitada; **8)** El 09 de agosto del 2021, bajo radicado No. Colpensiones – 2021-9053644, interpuso recurso de apelación en contra del acto administrativo en mención; **9)** Mediante Resolución DPE8221 del 27 de septiembre de 2021, Colpensiones confirmó en todas y cada una de sus partes el acto impugnado.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó, en síntesis, que no existe compatibilidad entre la pensión reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la pensión de vejez del régimen de prima media, por cuanto, en este caso, el demandante no adquirió el status de pensionado con anterioridad al 17 de mayo de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992) y el 12 de agosto de 1993 y el 20 de diciembre de 2001 (día anterior a la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001), sino fue hasta el día 11 de noviembre de 2013 que alcanzó el status de la pensión de jubilación.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA la pensión de vejez en los términos previstos en el 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 11 de noviembre de 2020 teniendo como mesada pensional para dicha anualidad la suma de \$2.679.702.

SEGUNDO: CONDENAR a la COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA por concepto de retroactivo pensional una suma equivalente a \$94.371.443, por retroactivo generado desde el 11 de noviembre de 2020 hasta el 31 de mayo de 2023, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago y monto frente al cual se autoriza los descuentos respectivos por concepto de seguridad social en salud.

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

CUARTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso al Honorable Tribunal Superior en su especialidad laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, dadas las resultas del proceso.

Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que el actor cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para adquirir una pensión de vejez; que dicha pensión de vejez resulta compatible con la que el demandante viene percibiendo por parte del Fondo Nacional de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la número 40848 del 2011 y la SL 2118 del 2021, cuando los docentes prestan servicios adicionales en centros educativos de carácter particular, pues dichos servidores son afiliados forzosos al régimen de prima media, como se dijo en la sentencia con radicado 28164 del 2008, por lo que, la obligación de realizar aportes al sistema general de pensiones, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ello se deriven cuando la ley dispone la compatibilidad de la prestaciones, siempre y cuando no se transgreda la prohibición establecida en el artículo 198 de la Constitución Política Nacional.

Manifestó que, en el caso particular, se probó que el demandante cotizó al ISS hoy Colpensiones, a través de entidades de carácter privado y que la pensión de jubilación que viene percibiendo le fue concedida por el tiempo servido exclusivamente como docente distrital, por lo que no se está desconociendo el artículo 128 de la Constitución.

Finalmente, citó la sentencia SL 1714 del 2019, para referirse a las situaciones en que es posible exonerar del pago de intereses moratorios a la entidad de seguridad social, para señalar que, Colpensiones negó la pensión pretendida por el actor con base en la aplicación rigurosa de la ley, además, que la prestación pensional fue reconocida en aplicación de unos precedentes jurisprudenciales, negando la condena por tal concepto.

2.4. Argumentos del recurrente.

COLPENSIONES, indicó que es un mandato constitucional, la no percepción de dos asignaciones por parte del tesoro público y que, si bien en principio se establece que los aportes realizados por el demandante eran privados, el reconocimiento pensional, así como una indexación y condena en costas, sí tendría injerencia en el tesoro público, *“ya que son subsidios estatales con los que se estaría solventando estos conceptos”*, enmarcándose así la prohibición constitucional, por lo que las pensiones de vejez y la del Magisterio son incompatibles.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Cumple el demandante con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993? De ser ello así, ¿es compatible con la pensión de jubilación del Magisterio que actualmente goza?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la pensión del Magisterio y su compatibilidad con las pensiones del Sistema Integral de Seguridad Social.

En cuanto al régimen seguridad social de los docentes este nació con la expedición de la Ley 91 de 1989, la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

de los docentes vinculados a la fecha de la promulgación de dicha norma o lo que se vinculen con posterioridad.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 – artículo 279- este se convirtió en uno de los regímenes exceptuados y luego, el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 del 2005, ratificó que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y aquellos que se vinculen con posterioridad o a partir de su vigencia, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Respecto de la compatibilidad de prestaciones para docentes oficiales que se rigen por el mentado régimen exceptuado y las establecidas en el Sistema General de Seguridad Social, CSJ Rad. 40.848 del 06 de diciembre de 2011, CSJ SL451-2013 y CSJ SL2649-2020 ha indicado que los docentes oficiales pueden laborar de manera simultánea para instituciones educativas particulares y cotizar a entidades del sistema establecido en la Ley 100 y con ello adquirir una pensión de vejez en el I.S.S.

Por otra parte, es menester rememorar que si bien el artículo 128 constitucional refiere que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, también lo es que los aportes efectuados a COLPENSIONES, corresponden a parafiscales, y son producto de la labor de los trabajadores (CSJ SL9730-2014, CSJ SL5118-2019, y CSJ SL2649-2020).

De acuerdo con lo expuesto, la pensión de jubilación del docente vinculado al servicio oficial es compatible con las prestaciones propias del sistema general de seguridad social en pensiones dispuestas en la Ley 100 de 1993, dado que, no solo el docente se encuentra habilitado – y su empleador obligado - para efectuar aportes a las entidades administradoras de dicho sistema pensional al haber laborado también para instituciones educativas de carácter privado, sino además resulta claro que el carácter de dichos aportes NO tienen origen en un fondo de naturaleza pública pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

proviene de empleador y trabajador de origen particular y, por lo tanto no resulta acertado afirmar que las prestaciones que otorgan uno y otro sistema sean incompatibles.

3.2. De la Pensión de vejez – Ley 100 de 1993.

El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez; esta norma señala:

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

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

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

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

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

3.3. Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, lo primero que debe advertirse es que al señor Castiblanco Cadena le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, por parte de la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 2598 del 24 de abril del 2014, efectiva a partir del 12 de noviembre de 2013 (fls. 69 a 72 archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

Por tanto, es palmario que su régimen pensional es el establecido para el Magisterio, pues conservó la exención establecida para los docentes consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; lo que no obsta para que pudiera realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales reseñados en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, si bien el accionante era docente oficial y prestaba sus servicios al sector educativo público, ello no era óbice para que no pudiera laborar al servicio de instituciones educativas particulares, empresas del sector privado, como independiente, como en efecto ocurrió, pues al revisarse la historia laboral allegada por COLPENSIONES, actualizada al 19 de mayo del 2022, se tiene que del periodo comprendido entre el 07 de marzo de 1977 y el 31 de enero del 2020, con las interrupciones indicadas en dicho documento, laboró para sendas instituciones educativas del sector privado, acumulando 1.542,29 semanas (fls. 40 a 58 archivo 05 y 4 a 25 archivo 06).

De esta manera y, atendiendo lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, si el demandante acreditaba los requisitos allí establecidos, esto es 62 años de edad y mínimo 1.300 semanas cotizadas, tiene derecho a percibir, una pensión de vejez.

Al respecto, se acredita que el demandante nació el 11 de noviembre de 1958 (fl. 17 archivo 01), acreditando el requisito de 62 años el mismo día y mes del año 2020; en cuanto a las semanas de cotización se tiene que, para el 31 de enero del 2020 acreditó un total de 1.542,29 semanas cotizadas al sector privado (fls. 40 a 58 archivo 05 y 4 a 25 archivo 06), siendo claro, que el actor cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Así las cosas, si bien el demandante acreditó el requisito del número de semanas y retiro del sistema en el mes de enero del 2020, el requisito de edad tan solo lo cumplió hasta el 11 de noviembre del mismo año, por lo que razón le asiste a la *a quo*, al establecer esta última data, como fecha del reconocimiento de la prestación pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.
Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.
Demandado: COLPENSIONES.

Ahora, previo a verificar el monto de la mesada pensional y su correspondiente retroactivo, se hace necesario verificar si, en el presente caso, operó el fenómeno prescriptivo, frente a lo cual, ha de señalarse que, como en antecedencia se dijo, los requisitos para acceder a la prestación fueron cumplidos por el demandante el 11 de noviembre del 2020, quien elevó petición ante Colpensiones el 17 de marzo del 2021 (fl. 37 a 41 archivo 01), solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue resuelta mediante Resolución SUB 162168 del 12 de julio del 2021 (fls. 50 a 57 archivo 01), frente a la cual se interpuso recurso de apelación, que se resolvió a través de la Resolución DPE 8221 del 27 de septiembre de 2021 (fls. 42 a 47 y 59 a 68 archivo 01) y la demanda se interpuso el 28 de enero del 2022 (archivo 02), con lo que, en este caso, operó la prescripción.

Dicho lo anterior, se tiene que, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años de cotización, siendo este el más favorable al actor, aplicando una tasa de reemplazo del 69.3%, la mesada pensional del actor para el año 2020 correspondería a la suma de **\$2.631.934,38** pesos, suma ligeramente inferior a la que fue calculada en primera instancia.

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2010	330	71,200	103,80	1,458	\$ 2.619.363,64	\$ 3.818.679,01	\$ 42.005.469,10
2011	360	73,450	103,80	1,413	\$ 2.704.333,33	\$ 3.821.780,80	\$ 45.861.369,64
2012	360	76,190	103,80	1,362	\$ 2.743.583,33	\$ 3.737.812,71	\$ 44.853.752,46
2013	360	78,050	103,80	1,330	\$ 2.936.583,33	\$ 3.905.411,27	\$ 46.864.935,30
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 2.598.250,00	\$ 3.389.873,68	\$ 40.678.484,16
2015	360	82,470	103,80	1,259	\$ 2.985.416,67	\$ 3.757.563,36	\$ 45.090.760,28
2016	360	88,050	103,80	1,179	\$ 3.885.583,33	\$ 4.580.619,53	\$ 54.967.434,41
2017	360	93,110	103,80	1,115	\$ 3.726.908,00	\$ 4.154.795,94	\$ 49.857.551,33
2018	360	96,920	103,80	1,071	\$ 4.125.737,00	\$ 4.418.608,14	\$ 53.023.297,64
2019	360	100,000	103,80	1,038	\$ 2.522.181,83	\$ 2.618.024,74	\$ 31.416.296,92
2020	30	103,800	103,80	1,000	\$ 877.803,00	\$ 877.803,00	\$ 877.803,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2020	\$ 455.497.154,24
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.795.809,62
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					69,3%

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.
Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.
Demandado: COLPENSIONES.

Primera mesada	\$ 2.631.934,38
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2020	\$ 877.803,00

Calculo Tasa de Reemplazo 2020			
IBL / SMMLV	\$ 3.795.809,6	\$ 877.803,0	4,3242
No. SMMLV*0,5	4,3242 * 0,5		2,16210791
65,50%	-	2,1621	63,3379
Semanas adicionales a 1300-1500	200		
200 / 50 * 1,5	6		
63,3379%	+	6,00%	T. R. 69,34%

Razón por la cual, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, habrá de **modificarse el numeral primero** de la sentencia de primer grado, para establecer como monto de la mesada pensional del señor Juan Antonio Castiblanco Cadena, para el año 2020, la suma de **\$2.631.934,38** pesos.

En cuanto al retroactivo pensional, el mismo se calculó hasta el día 29 de febrero del año que avanza, arrojando como valor a pagar hasta tal data la suma de **\$127.025.296,67** pesos, por lo que se **modificará el numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada en tal sentido, suma que deberá ser indexada al momento de su pago y respecto de la cual se autorizan los respectivos descuentos por concepto de seguridad social en salud.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
11/11/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.631.934,38	2,67	\$ 7.018.491,7
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.674.309,00	13,00	\$ 34.766.017,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.824.605,00	13,00	\$ 36.719.865,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 3.195.193,00	13,00	\$ 41.537.509,0
01/01/24	29/02/24	9,28%	\$ 3.491.707,00	2,00	\$ 6.983.414,0
Total retroactivo				\$ 127.025.296,67	

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

En lo que respecta a los intereses moratorios, debe decirse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que su imposición no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el caso específico, se itera, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 17 de marzo del 2021, petición que fue resuelta mediante Resolución SUB 162168 del 12 de julio del 2021, en la que se negó la prestación argumentando la incompatibilidad de la pensión reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y la pensión de vejez del régimen de prima media, y solo fue en aplicación de la jurisprudencia, que se procedió al reconocimiento pensional deprecado, por lo que, acertada resulta la decisión de primera instancia al absolver a Colpensiones de tal pretensión.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ en todo lo demás** la sentencia de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.

Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.

Demandado: COLPENSIONES.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**MODIFICAR** la sentencia de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos, así:

- 1.1. El numeral primero, para establecer como monto de la mesada pensional del señor Juan Antonio Castiblanco Cadena, para el año 2020, la suma de **\$2.631.934,38** pesos.
- 1.2. El numeral segundo, para establecer como monto del retroactivo pensional a pagar, hasta el 29 de febrero del 2024, la suma de **\$127.025.296,67** pesos, suma que deberá ser indexada al momento de su pago y respecto de la cual se autorizan los respectivos descuentos por concepto de seguridad social en salud.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

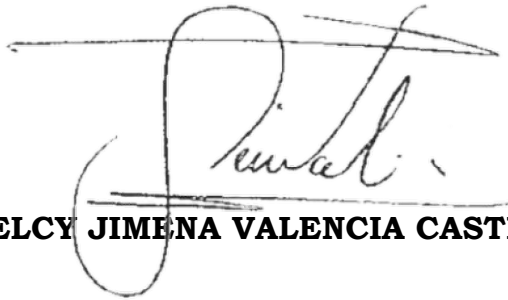
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2022 00038 01.
Demandante: JUAN ANTONIO CASTIBLANCO CADENA.
Demandado: COLPENSIONES.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00110 01.

Demandante: VIANEY MARTÍNEZ SEDANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de agosto de 2023, en proceso ordinario laboral que **VIANEY MARTÍNEZ SEDANO** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de las afiliaciones realizadas a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., conllevando a su regreso automático al régimen de prima media (RPM).

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Skandia S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos; y a esta última a tenerla como su afiliada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00110 01.

Demandante: VIANEY MARTÍNEZ SEDANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivos 06 y 14), se opuso a las pretensiones contra ella incoadas y, en su defensa, presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

De otro lado, **SKANDIA S.A.** (archivo 07), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y, presentó como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivos 10 y 15), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción laboral.

2.3. Llamamiento en garantía.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, presentando como excepciones de fondo, entre otras la de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (archivo 19).

2.4. Providencia Recurrída.

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR que el traslado que hizo la señora VIANEY MARTÍNEZ SEDANO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. con efectividad desde el primero (1) de julio de 1999, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo tanto, se debe entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual.

SEGUNDO. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. que transfieran a COLPENSIONES las sumas que recibió por gastos de administración, las comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden y durante el tiempo en el que estuvo afiliada la demandante a cada una de las entidades; para PORVENIR S.A. desde el julio del 1999 a marzo del 2002, y de PROTECCIÓN S.A. de abril de 2002 a septiembre de 2014.

TERCERO. CONDENAR a SKANDIA S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, bonos pensionales en caso de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados los conceptos desde gastos de administración en adelante, y desde que se hizo efectiva la afiliación de la demandante, esto es primero (1) de octubre del 2014.

CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de los cuales se habla en los numerales anteriores y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO. DENEGAR por improcedente el llamamiento en garantía que SKANDIA S.A. le hizo a MAPFRE S.A. teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

SÉPTIMO. INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., en caso de que los dineros que se ordenan enviar no sean suficientes.

OCTAVO. CONDENAR EN COSTAS, así: a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y SKANDIA S.A. a favor del demandante, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES TRECIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$2.320.000); a favor de MAPFRE S.A. y a cargo de SKANDIA S.A., dentro de las cuales se deberán incluir como agentes en derecho la suma de SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$773.333,33)

NOVENO. CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES.

2.5. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. expuso que, en sentencia SL9316 del 29/06/2016, la Corte Suprema de Justicia manifiesta que, si bien la indexación corresponde a contrarrestar la simple actualización de la moneda por el tema de la devaluación de la misma en el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria de la economía, debe tenerse en cuenta que, una de las obligaciones que tienen los fondos de pensiones es garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible impartir condena por indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa AFP, no se vieron afectados por dicho fenómeno de la inflación y, por el contrario, generaron rendimientos.

Citó una sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, señalando que, no hay lugar a la condena de indexación, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudo haberse generado en los emolumentos a retornar y manejando también la teoría de las restituciones mutuas.

Por su parte, **SKANDIA S.A.** indicó que, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 hace referencia a los gastos de administración y los seguros previsionales que están autorizados para descontar; que ello, trae consigo una serie de obligaciones correlativas, siendo una de ellas el administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado y garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones hacia su afiliado y otra, la de garantizar que, en caso de cumplirse con los requisitos de pensión de sobrevivencia o de invalidez, se pueda financiar la pensión a que tenga derecho, bien sea el afiliado o sus beneficiarios; que, si bien la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la consecuencia de la declaración de ineficacia es el regreso automático de las cosas a su estado inicial, lo cierto es que le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe que ha ostentado esa AFP durante toda la relación surgida entre esta y la demandante, administrando de forma correcta la cuenta de ahorro individual, además, debe tenerse en cuenta que

se está ordenando la devolución de los rendimientos sin entender la razón por la cual deban devolverse los gastos de administración, pues es gracias a estos que se generaron unos rendimientos que ahora se pretende trasladar al régimen de prima media.

Frente a las primas de invalidez y sobrevivencia, expuso que, tampoco resulta procedente que Skandia S.A. deba asumirlas, en tanto que la demandante ha gozado de cobertura durante toda la vinculación a esa AFP, motivo por el cual parte del porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto no se encuentran en las arcas de la AFP, no siendo posible su retorno, máxime cuando, con el mismo, se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante en cabeza de Colpensiones, al beneficiarse de los rendimientos que causó Skandia S.A., además de desconocer el trabajo que esta realizó.

Finalmente expuso que, de confirmarse la sentencia apelada, solicita no se condene a devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales de maneta indexada, teniendo en cuenta que ya han habido pronunciamientos respecto a la indexación y en uno reciente del Tribunal de Medellín se indicó que no hay lugar a imponer condena por concepto de indexación teniendo en cuenta que a la AFP se le impuso la obligación de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones por motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se haya causado en el tiempo.

Finalmente, **COLPENSIONES**, solicitó tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de las AFP codemandadas, en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando; de igual manera, dijo, tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tenía las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Precisó que, todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por Colpensiones se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir a la demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ello teniendo en cuenta que, como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad puesto que la Constitución, en su artículo 346 así lo señala.

Finalmente, manifestó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados pues la demandante ya cumplió con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y por las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 21 de octubre de 1987 presenta aportes en tal régimen (fl. 17 archivo 01 y fl. 72 archivo 10); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 28 de mayo de 1999 (fl. 21 archivo 01 y fl. 112 archivo 05) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: 1) a la otrora AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 19 de junio del 2000 (fls. 22 archivo 01 y fl. 113 archivo 05), 2) nuevamente a PORVENIR S.A. el 14 de julio de 2001 (fl. 114 archivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00110 01.

Demandante: VIANEY MARTÍNEZ SEDANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

05), 3) a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de febrero de 2010 (fl 23 archivo 01 y fl. 38 archivo 06 y 4) a SKANDIA S.A. el 01 de agosto de 2014 (fl. 24 archivo 01 y fl. 27 archivo 07).

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

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 21 del archivo 01 y 112 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de mayo de 1999 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Martínez Sedano se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de mayo de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

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

Ahora bien, respecto de lo reseñado por Colpensiones, referente a que la demandante como afiliada y consumidora financiera también tiene obligaciones, como la de informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

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

De otro lado, se itera, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00110 01.

Demandante: VIANEY MARTÍNEZ SEDANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

En concordancia con lo anterior, respecto de las restituciones mutuas, tema expuesto por Skandia S.A. en su recurso, ha de señalarse que, en sentencia CSJ SL2877 del 2020 Rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

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

Por lo que, atendiendo las sentencias antes citadas (CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020), la AFP tiene la obligación de asumir, con su propio patrimonio, las mermas sufridas por el bien administrado, ya sea por pago de mesadas pensionales o de los gastos de administración en los que hubiera incurrido, lo que da al traste con los argumentos expuestos por Skandia S.A.

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

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

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

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que esta sea incompatible, como lo aduce Porvenir S.A. y Skandia S.A. en sus recursos, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a estas.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00110 01.

Demandante: VIANEY MARTÍNEZ SEDANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia apelada y consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, se **ADICIONAN** y se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.,** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia

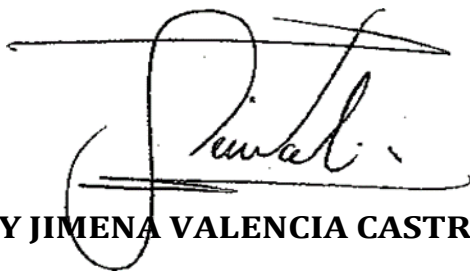
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00110 01.
Demandante: VIANEY MARTÍNEZ SEDANO.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de julio de 2023, en proceso ordinario laboral que **MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. Y LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 28 de febrero de 1999, a través de Porvenir S.A. y el realizado posteriormente a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración y sumas adicionales con los respectivos intereses y rendimientos; y a esta última a admitir el traslado, recibir dichos dineros,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

ajustar la historia laboral, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 14 de enero del 2022 bajo los derroteros de la Ley 100 de 1993 e intereses moratorios y de manera subsidiaria a estos últimos, al pago de la indexación.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 11), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la Sra. MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. y cuya efectividad comenzó el 01 de julio de 1999, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que recibió por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento del pago.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y bono pensional, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; desde gastos de administración en adelante deben ser indexados al momento del pago.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros referidos en los numerales segundo y tercero y que reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR que la Demandante en el momento tiene consolidados los derechos para la pensión, pues cumplió los 57 años de edad el 13 de enero de 2022 y las 1.300 semanas en octubre de 2021, teniendo en el momento, a enero de 2023, un total de 1.366,29 semanas.

SEXTO: ABSTENERSE de pronunciarse frente al reconocimiento de la pensión como quiera que la demandante se encuentra activa al sistema de seguridad social y por lo tanto será Colpensiones, una vez la reciba y una vez se desafilie la demandante, será competencia de Colpensiones estudiar el reconocimiento y pago de la pensión que se depreque en su momento.

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

OCTAVO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que puedan causarse y en caso que los dineros que hoy se ordenan enviar sean insuficientes, en contra de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOVENO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, las cuales se deberán pagar por parte iguales de conformidad con el artículo 365, numeral 6 del C.G.P.

DÉCIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A., indicó que las sumas correspondientes a los gastos de administración que se ordena retornar, tienen una destinación legal específica, por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por esa AFP, de modo que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en las formas exigidas por la ley y no se encuentran en su poder, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener la rentabilidad de esos recursos y cuyos rendimientos fueron reconocidos a la accionante.

Expuso que, en caso de que se ordene retornar todos los rendimientos financieros en el RAIS y no hasta el tope de lo que se hubiera causado en el RPM, sería necesario autorizar el descuento de las restituciones mutuas a las que haya lugar, independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia, al fondo se le debe reconocer los gastos de administración en los que haya incurrido a favor de la afiliada para generarle esos rendimientos financieros, debe reconocerse que la AFP administra unos recursos que fueron ostensiblemente aumentados y tiene derecho a una compensación económica y no a un traslado plano de los recursos hacia Colpensiones.

Señaló que, con los dineros que se destinaron a los seguros de invalidez y sobrevivencia, se cubrió a la demandante durante el tiempo de su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir que también se cumplió la finalidad de ley, sin que sea admisible su devolución, pues no puede desconocerse que, dada la imposibilidad material, por ser dineros que ya no se encuentran en su poder, con la declaratoria de ineficacia y prestaciones que por su misma naturaleza no pueden retrotraerse y son una excepción a los efectos retroactivos de esa figura.

Finalmente, indicó que también resulta improcedente la condena respecto de la indexación de los gastos de administración y seguros, como quiera que, ante la condena de reintegro de rendimientos, esas son sumas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

superiores que permiten a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de Porvenir S.A.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que no se demostró que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio del consentimiento, pues no hubo una presión palpable y menos un engaño.

Indicó que, una vez en firme el traslado de la demandante al fondo privado, ella tuvo el tiempo suficiente para seguirse informando de todos los pormenores que le implicaba la desafiliación del ISS y de la afiliación al RAIS y lo que hizo fue migrar entre dos fondos privados, ratificando así su ánimo de continuar en el RAIS.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de octubre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de marzo de 1995 presenta aportes en tal régimen (fl. 109 y 115 archivo 10), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 27 de mayo de 1999 (fl. 31 archivo 11) y realizó traslado entre AFP del RAIS el 07 de septiembre de 2001 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fl. 40 y 41 archivo 12).

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

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

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 31 del archivo 11, se avizora el formulario de afiliación que la demandante

suscribió el 27 de mayo de 1999 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Bulla Camacho se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (27 de mayo de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

Respecto de las restituciones mutuas, tema expuesto por Porvenir S.A. en su recurso, en sentencia CSJ SL2877 del 2020 Rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

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

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

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

tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONARLOS** y **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

3.3. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de las mujeres, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la demandante nació el 13 de enero de 1965, a decir del documento de identidad visible a folio 15 del archivo 01, por lo que cumplió 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2020; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrojada por Protección S.A. con fecha de generación 14/02/2023 (fls. 46 a 59 archivo 12), para el mes de enero de 2023 la demandante acredita 1.366,29 semanas, con lo que, cumple con los requisitos de la norma trasunta para acceder a la prestación pensional.

Sin embargo, a efectos de determinar la fecha de reconocimiento de dicha prestación, se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Así las cosas, revisado el documento en mención, se tiene que la última cotización data del periodo de enero de 2023, y la fecha de generación de la historia laboral es del 14 de febrero del mismo año, ello permite concluir, que la demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco demostrara la fecha de desafiliación del sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliada del sistema, y en consecuencia la fecha de

reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Por lo antes expuesto, acertada resulta la decisión de primera instancia, resaltando que la parte demandante no apeló la decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto de la pretensión pensional, y en tal sentido se CONFIRMARÁ.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia apelada y consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, se ADICIONAN y se DISPONE que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00249 01.

Demandante: MYRIAM LORENZA BULLA CAMACHO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

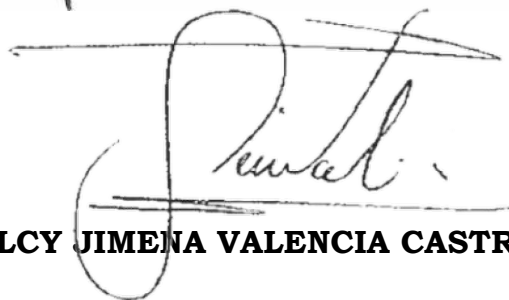
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
SALVO VOTO PARCIAL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.

Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de julio de 2023, en proceso ordinario laboral que **JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de Colfondos S.A. en el mes de marzo de 1999 y de manera subsidiaria, depreca la nulidad de dicho traslado.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados, así como rendimientos y demás sumas causadas; y a esta última a tenerlo como afiliado y contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.

Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

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

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. y cuya efectividad comenzó el 01 de mayo de 1999, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se debe entender que el demandante jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y bono pensional, en caso de que se haya redimido, así como gastos de administración, las primas de seguros previsionales, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, desde gastos de administración deberán ser indexados al momento del pago.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de los que trata el numeral anterior y reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.

Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de COLFONDOS S.A.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

SÉPTIMO: ORDENAR el grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLFONDOS S.A., indicó que no es posible devolver las sumas de dinero debidamente indexadas, ya que los rendimientos generados por esa AFP fueron superiores a los que se habrían podido generar en Colpensiones de no haberse trasladado al RAIS, y con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que el traslado de régimen se realizó con el lleno de los requisitos legales, la AFP cumplió con el deber de información y conforme a lo requerido para la época en que este se realizó; indicó que los afiliados también tienen el deber de informarse respecto de lo que contrató, máxime cuando, por regla general, el contrato es ley para las partes.

De ratificarse la sentencia de primera instancia, manifiesta que esa entidad no debe ser condenada en costas, ya que no tuvo ninguna injerencia en el traslado o acto jurídico que se celebró y, si bien es cierto se opuso a las pretensiones de la demanda, lo hizo conforme los mandamientos legales que prohibían realizar el traslado en ese momento, además que, por mandato constitucional, los dineros que maneja el régimen de prima media deben ser usados única y exclusivamente para el pago de mesadas pensionales, por lo que no pueden ser usados para otro tipo de rubro.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.

Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.

Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 15 de enero de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 55 archivo 01 y 60 archivo 10), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 04 de marzo de 1999 (fl. 23 archivo 09).

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

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

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 23 del archivo 09, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 04 de marzo de 1999 con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bernal Bernal se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (04 de marzo de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Colfondos S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, el cual, es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

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

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

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

De otro lado, Colpensiones señala a que el demandante como afiliado también tiene obligaciones, como la de informarse, lo que, si bien resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

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

De otro lado, se itera, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

² Ibídem.

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONARLO y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En cuanto a la indexación de conceptos como gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, no se considera que esta sea improcedente o que esta se compense con los rendimientos generados por Colfondos S.A., tal y como lo aduce en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que el demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por Colpensiones, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.

Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

R E S U E L V E:

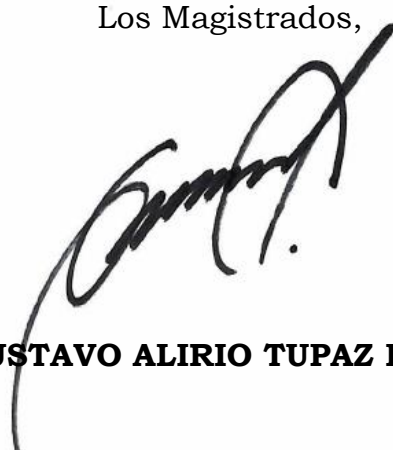
PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, se ADICIONA y se DISPONE que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

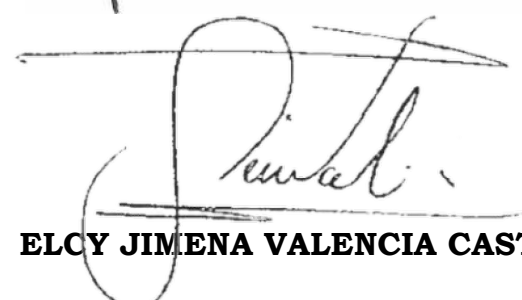
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2022 00368 01.
Demandante: JAIR ANTONIO BERNAL BERNAL.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.


LORENZO TORRES RUSSY