



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BEATRIZ OLAVE DE NAFFAH.
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –en adelante COLPENSIONES-.
INTERVINIENTE: HELENA PULIDO DE ZAPATA
AD EXCLUDENDUM
RADICADO: 110013105004-2020-00348-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y a surtir en su favor, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el día 15 de diciembre de 2022, por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**¹, providencia que reconoció la sustitución pensional pretendida tanto por la actora, señora **BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH**, como por la interviniente ad excludendum, señora **HELENA PULIDO DE ZAPATA** y condenó **COLPENSIONES** a pagar el correspondiente retroactivo pensional.

II. ANTECEDENTES.

¹ Sentencia C-968 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

DEMANDA²

Mediante escrito radicado el día 24 de septiembre de 2020, cuyo conocimiento correspondió al **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH**, demandó a **COLPENSIONES**, solicitando que, en su condición de compañera permanente supérstite, se le declare beneficiaria de la sustitución pensional generada por el fallecimiento del pensionado del Sistema General de la Seguridad Social, señor **Alejandro Alberto Zapata Alba³**, persona con quien convivió desde el día 31 de enero 1995 hasta el día 26 de enero de 2020, fecha de su fallecimiento; pretende se condene a la demanda **COLPENSIONES** a sustituir y pagar en su favor, el derecho prestacional de vejez de que, en vida disfrutó el causante, y debidamente indexadas, al pago retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el día 26 de enero de 2020, intereses moratorios, costas procesales y agencias en derecho.

BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH, manifestó que su convivencia con el occiso inició el día 31 de enero del 1995, momento a partir de cual y con el ánimo de conformar una unidad familiar basada en la ayuda y socorro mutuo entre sus integrantes, decidieron compartir lecho, mesa y techo; comunidad de vida que terminó por el fallecimiento de **Alejandro Alberto Zapata Alba**, en enero 26 de 2020.

Expresó que, pese a que su compañero permanente estuvo casado con la señora **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, matrimonio en el que se procrearon cuatro hijas⁴, esa unidad familiar finalizó por mutuo consentimiento en el año de 1994.

Adujo que, tras la defunción de su compañero permanente, solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la sustitución pensional que

² El a-quo mediante proveído calendado 20 de octubre de 2020, dispuso la admisión de la demanda, vinculación de la señora, Helena Pulido de Zapata, como interviniente excluyente y ordenó la notificación del libelo introductorio a la vinculada y demanda.

³ Mediante Resolución N° SUB 82952 del 04 de abril de 2019, Colpensiones reconoció en favor del causante pensión de vejez en cuantía 3.692.654.

⁴ Relación sentimental que, de conformidad con lo manifestado por la interviniente excluyente, procrearon a las siguientes personas: Patricia, Claudia Helena, Adriana y Liliana Alexandra Zapata Pulido, quienes son mayores de edad.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

le asiste⁵, petición que, ante la concurrencia de beneficiarias prestacionales y el incumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, la entidad demandada denegó mediante Resolución SUB-117558 de mayo 30 de 2020, pronunciamiento confirmado a través de actos administrativos Sub-141260 y DPE 9566 de julio 2 y 17 de 2020⁶.

Considerando el integro cumplimiento de los requisitos formales del libelo introductorio, así como el interés jurídico que le asiste a la señora, **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, cónyuge supérstite del pensionado, **Alejandro Alberto Zapata Alba**, el a-quo, mediante proveído adiado octubre 20 de 2020, dispuso: i) la admisión de la demanda, ii) la integración al contradictorio de la señora **HELENA PULIDO DE ZAPATA** como interviniente excluyente y, iii) la notificación de la demanda tanto a **COLPENSIONES** como a la persona natural integrada a la actuación procesal.

Percatándose de la existencia de la demanda ordinaria laboral promovida por la cónyuge supérstite señora **HELENA PULIDO DE ZAPATA** ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., actuación procesal en la que se pretendía el reconocimiento y pago del derecho prestacional objeto de discusión en el *sub judice*, el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, mediante auto calendado noviembre 29 de 2020, ordenó la acumulación del proceso 110013105019 2020 00245 00.

HELENA PULIDO DE ZAPATA, expresó en su libelo introductorio que contrajo matrimonio católico con el causante en mayo 11 de 1962, cohabitación finalizada de hecho en el año de 1994, anualidad en la que pese de no convivir juntos, siguieron prestando los deberes conyugales de ayuda y socorro mutuo entre sus integrantes.

Manifestó que, con ocasión del óbito su cónyuge señor **Alejandro Alberto Zapata Alba**, en marzo 12 de 2020 petitionó a **COLPENSIONES**, el

⁵ Petición calendada abril 22 de 2020.

⁶ Desatando los recursos de reposición y apelación interpuesto por la actora en la vía gubernativa, Colpensiones confirmó el acto administrativo recurrido.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la que dice tener derecho, solicitud que, ante la concurrencia de beneficiarias prestacionales y el incumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, fue denegada por la entidad demandada mediante Resolución SUB 117558 de mayo 30 de 2020, pronunciamiento confirmado a través de actos administrativos Sub 141260 y DPE 9566 de julio 2 y 17 de 2020⁷.

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS⁸

COLPENSIONES⁹, oportunamente contestó las demandas, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó *“inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; no configuración al pago de IPC, indexación, intereses moratorios o reajuste alguno; prescripción; compensación; improcedencia de condenar en costas a las entidades del sistema general de la seguridad social en pensiones e innominada o genérica”*

Argumentó que, de conformidad con los medios probatorios aportados en el expediente administrativo, la demandante **BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH** no acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 – i) *no demostró la liquidación de la sociedad conyugal que en vida sostuvieron los esposos Zapata Pulido, ii) ni la existencia de la unidad familiar por esta alegada-*, motivo por el cual, en lo que respecta a ella, se le denegó el derecho prestacional solicitado.

Asimismo, en lo atinente al reconocimiento pensional pretendido por la cónyuge supérstite **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, expresó que, esta no acreditó el término mínimo de convivencia requerido para el otorgamiento de la sustitución pensional solicitada –*convivencia con el causante en sus últimos 5 años de vida-*, razón por la cual, despachó desfavorablemente el derecho pensional peticionado.

⁷ Desatando los recursos de reposición y apelación interpuesto por la actora en la vía gubernativa, Colpensiones confirmó el acto administrativo recurrido.

⁸ El Juzgado de conocimiento por auto del 07 de junio de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **COLPENSIONES**. carpeta 26

⁹ Contestación obrante en la 9 carpeta.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

Por último, manifestó que, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, ante la concurrencia de presuntas beneficiarias pensionales del causante, señor **Alejandro Alberto Zapata Alba**, no le era posible reconocerle a alguna de ellas la sustitución pensional solicitada, fundamento con el cual, dejó en suspenso el reconocimiento de dicha prestación social.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Reconociendo la acreditación de los presupuestos necesarios para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida por la cónyuge y compañera permanente supérstite del señor **Alejandro Alberto Zapata Alba**, el a-quo, mediante proveído calendado diciembre 15 de 2022, resolvió:

*“...PRIMERO. DECLARAR que **HELENA PULIDO DE ZAPATA** en su calidad de cónyuge supérstite tiene derecho al 56.1% de la pensión causada por **ALEJANDRO ALBERTO ZAPATA ALBA y BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH** en su calidad de compañera permanente al restante 43.9%.*

***SEGUNDO: CONDENAR A COLPENSIONES** a reconocer y pagar a **HELENA PULIDO DE ZAPATA** en su calidad de cónyuge supérstite el 56.1% en la pensión causada por **ALEJANDRO ALBERTO ZAPATA ALBA y BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH** en calidad de compañera permanente el restante 43.9% de la pensión que percibe el causante desde el 26 de enero del 2020.*

***TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES** a pagar el retroactivo pensional a la demandante a partir del 26 de enero del 2020, hasta la fecha en que se efectúa el correspondiente pago. Dineros debidamente indexados.*

***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas*

QUINTO: SIN LUGAR A COSTAS.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

SEXTO: CONCEDER EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de COLPENSIONES ante el Tribunal Superior de Bogotá- sala laboral...”

IV. RECURSOS DE APELACIÓN.

Considerando que, el a-quo incurrió en una indebida valoración probatoria de las pruebas testimoniales obrantes en el plenario, medios suasorios con los que se demuestran la ausencia de los presupuestos necesarios para reconocer la sustitución pensional pretendidas por las señoras **HELENA PULIDO DE ZAPATAS** y **BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH, COLPENSIONES**, apeló la decisión de primera instancia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Conforme lo ordenado en auto de 07 de febrero de 2023, dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión, **COLPENSIONES** reiteró los reparos expuestos en su recurso de apelación; por su parte, la interviniente ad excludendum, **HELENA PULIDO DE ZAPATAS**, formuló reparos contra la decisión de primer grado, argumentos que, por no ser presentado en la oportunidad procesal debida –*recurso de apelación*–, esta Corporación se releva de su estudio y por último, decir en lo que respecta a la actora, **BEATRIZ OLAVE DE NAFFATH**, que ella guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 69 del CPT y de la SS debe efectuarse en grado jurisdiccional de consulta y los parámetros establecidos en el artículo 66 A ibídem, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

¿Fue correcta la determinación del Juez de Primera instancia de reconocer la sustitución pensional pretendida por la actora, **BEATRIZ OLAVE NAFFATH** y la interviniente ad excludendum, **HELENA PULIDO DE ZAPATA**?

En grado jurisdiccional de consulta, se determinará si ¿fue acertada la decisión de primera instancia de declarar infundada las excepciones propuestas por **COLPENSIONES**?

2.- RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1-ESTATUS DE PENSIONADO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN PENSIONES, DEL SEÑOR ALEJANDRO ALBERTO ZAPATA ALBA.

Atendiendo la información consignada en las Resoluciones SUB-82952 de abril 04 de 2019, SUB-117558 de mayo 30 de 2020, SUB-141260 y DPE 9566de julio 02 y 13 de 2017, se aprecia por esta Colegiatura el estatus pensional del causante, **Alejandro Alberto Zapata Alba**; circunstancia que, no fue objeto de controversia por los sujetos procesales que conforman la litis, motivo por el cual se tendrá, por cierto.

2.2.- ESTADO CIVIL DE LA BENEFICIARIA SUPÉRSTITE HELENA PULIDO DE ZAPATA Y EL CAUSANTE.

De conformidad con la prueba documental obrante a folio 18 del cuaderno n°2 del expediente acumulado, 019-2020-00245-00, observa la Corporación que, bajo la ritualidad de la fe católica, **Alejandro Alberto Zapata Alba**, estuvo casado con **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, acreditándose de esta manera la calidad de cónyuge supérstite que la interviniente ad excludendum ostenta, circunstancia que igualmente no fue objeto de

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludemdum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

contradicción por los sujetos procesales que conforman la litis, motivo por el cual es situación que igualmente se tendrá por cierta¹⁰.

2.3.-PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU RECONOCIMIENTO.

Atendiendo la data del fallecimiento del causante *-26 de enero de 2020-*, la normatividad aplicable en el **sub judice** son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003¹¹, disposiciones que establecen los requisitos que, ante el fallecimiento del cónyuge o compañero permanente pensionado, deben acreditar los presuntos beneficiarios supérstites de la sustitución pensional.

Así, el artículo 13 *ejúsdem* establece que, son beneficiarios de dicho derecho pensional, en forma vitalicia, el cónyuge o el compañero/a permanente supérstite del pensionado, siempre y cuando el aludido beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante acredite: 1) edad de 30 años o más; 2) la existencia de un reconocimiento pensional por vejez y/o invalidez en favor del asegurado fallecido; 3) la calidad de cónyuge o compañero/a permanente del beneficiario para la fecha de defunción del *cujus* y, 4) el término mínimo de convivencia de 5 años, periodo que entrándose de compañero permanente supérstite, debe ser los últimos 5 años de vida del pensionado fallecido; contrario sensu, entrándose de cónyuge sobreviviente, dicha temporalidad *-5 años-*, podrá acreditarse en cualquier tiempo, siempre y

¹⁰ Matrimonio celebrado el día 11 de mayo de 1962.

¹¹ ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...)” (Subrayado fuera del texto)

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

cuando el vínculo matrimonial persista hasta la fecha de precesimiento del pensionado, puesto que, las separaciones de bienes o de cuerpo –*judicial o de hecho*–, no extingue los deberes asistenciales que entre ellos se predicán, finalizando las enunciadas obligaciones únicamente con la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico o, en su defecto, con el divorcio¹².

Asimismo, el referido precepto jurídico en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42 constitucional, previó que, en caso de presentarse simultaneidad de beneficiarios entre cónyuge y compañero permanente del causante, el juez de trabajo deberá resolver la controversia pensional conforme los siguientes supuestos:

- 1) Existe convivencia simultánea entre él, su cónyuge y su compañera permanente.

En este evento se dispone que los beneficiarios del derecho pensional serán la cónyuge y compañera (o) permanente, en proporción al tiempo que cada una(o) haya convivido con el fallecido.

- 2) Cuando no existe convivencia simultánea, pero durante la vigencia de la relación conyugal el pensionado mantiene unión marital de hecho.

¹² **Respecto del requisito de la convivencia**, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2901-2021 del 7 de julio de 2021, Radicación No. 81543, Sala de Casación Laboral de Descongestión No.1, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, señaló:

“De otro lado, es necesario precisar también que, la convivencia ha sido entendida como la comunidad de vida forjada en los lazos de amor, solidaridad, colaboración económica y apoyo mutuo, que refleje el propósito de realizar un proyecto de pareja responsable, esto es, una «[...] efectiva comunidad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos» (CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 40055).

Así, tal exigencia legal entraña una comunidad de vida estable y permanente, en donde se brinde «soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común» (CSJ SL1399-2018). Tal concepto, conforme a lo explicado por esta corporación, «[...] comprende circunstancias que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla» (CSJ SL6286-2017).

Además, es criterio pacífico de la Corte que en tratándose de un pensionado fallecido, es necesario acreditar los cinco años de convivencia para obtener la pensión de sobrevivientes, conforme a lo previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En efecto, en múltiples providencias, entre ellas en la CSJ SL1730-2020, recientemente reiterada por la Sala en la CSJ SL2396-2021, se precisó que «la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.»

Así mismo la referida Corporación en Sentencia SL3323-2022 del 20 de septiembre de 2022, Radicación No. 89569, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, señaló:

“Esta corporación dando alcance al precepto en cita, a partir de la sentencia CSJ SL1730-2020, ratificado en la decisión CSJ SL5270-2021, asentó que la exigencia del requisito de convivencia mínima de cinco años previsto en la disposición en cita, se predica únicamente cuando la prestación se reclama por la muerte del pensionado, no del afiliado que es el caso bajo estudio.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludemdum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

En este supuesto de hecho, la compañera o compañero permanente supérstite podrá reclamar su cuota parte en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, La otra cuota corresponderá al cónyuge con el cual el pensionado conformó el vínculo matrimonial.

- 3) Cuando existe matrimonio con separación de cuerpos, pero el afiliado no mantiene unión marital de hecho al momento de su muerte.

En este supuesto fáctico, el cónyuge podrá reclamar la enunciada prestación pensional, ya que al subsistir el vínculo matrimonial hasta la fecha de fallecimiento del causante, este se hace acreedor de la prestación pensional por sobrevivencia, puesto que su no cohabitación con el cujus, no extingue los deberes de ayuda, colaboración y socorro mutuo que entre ellos existen, finalizando dichas obligaciones únicamente con la cesación de los efectos civiles del matrimonio o, en su defecto, con el divorcio.

Bajo los derroteros expuestos, una vez verificado el cumplimiento de los enunciados requisitos por parte del presunto beneficiario de la pensión por sobrevivencia y/o sustitución pensional, es deber de las administradoras y/o fondos pensionales otorgar la subrogación prestacional pretendida.

2.4.- CONCEPTO DE CONVIVENCIA QUE EXIGE LA LEY 797 DE 2003¹³
De conformidad con los postulados consagrados por el legislador en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, ha de entenderse por convivencia

¹³ Sentencias t- 787 de 2002, t-197 de 2010, t-324 de 2014, t-090 de 2016, SU-108 de 2020; Sentencia 34415, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 01 de diciembre de 2009, (MP Francisco Javier Ricaurte Gómez). En esta sentencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de la compañera permanente del causante, porque consideró que, “si bien durante los últimos meses no vivieron bajo el mismo techo, en momento alguno dejaron de ser pareja, bajo el entendido de la conformación del núcleo familiar”; ¹³ En sentencia 31921, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 22 de julio de 2008, (MP Gustavo José Gnecco Mendoza), se casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la cual absolvió al ISS al pago de la pensión de sobrevivientes de la cónyuge de uno de sus afiliados, porque consideró que, el Tribunal no encontró acreditado algún elemento que le permitiera concluir que, pese a que la actora y el causante no vivían bajo el mismo techo, mantenían una relación de pareja estable. Este argumento ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia 34466, del 15 de octubre de 2008, (MP Luis Javier Osorio López), en la cual la Corte no casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en la cual se condena al ISS al pago de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge de uno de sus afiliados, quien, pese a que en el momento de la muerte de su cónyuge estaba trabajando en otro país, consideró que la separación estaba justificada y no impedía que la cónyuge supérstite cumpliera con los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

como aquel concepto que se extiende más allá de la simple cohabitación con el *de cujus* en el mismo lugar de residencia; en efecto, exige esta institución jurídica la existencia de lazos propios de la vida en pareja, como el afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y el acompañamiento espiritual.

Por ende, en aplicación de la ratio decidendi decantada en diversos pronunciamientos proferidos por el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, así como la jurisprudencia pregonada por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la ausencia de cohabitación no descarta la convivencia material efectiva entre los cónyuges y/o compañeros permanentes, siempre y cuando se fundamente en causas justificadas, relacionadas, por ejemplo, con cuestiones de salud, obligaciones u oportunidades laborales, imperativos legales o económicos, entre otros. La multiplicidad de factores que pueden incidir en la acreditación del requisito de convivencia demanda una exigente labor de valoración probatoria por parte del Juez.

3.-CASO CONCRETO

Para la Sala de Decisión el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES** no tiene vocación de éxito por las razones que a continuación se expresan:

Se adolece la recurrente de la indebida valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia, funcionario jurisdiccional que, en su criterio, tergiversó las declaraciones rendidas por los testigos **Federico Ardila Guaqueta, María Lucia Castro Salgado, Jorge Hernán Pérez Arias, Flor Marina Ortiz de Olaya, Jorge Enrique Sandoval, Claudia Helena y Liliana Pulido Zapata**, toda vez que, de dichos medios probatorios, no se logra demostrar los presupuestos necesarios para el reconocimiento de la

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludemdum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

sustitución pensional pretendida por las cónyuge y compañera permanente supérstite del fallecido señor **Alejandro Alberto Zapata Alba**.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la impugnante, esta Corporación corrobora que los testimonios rendidos por **Federico Ardila Guaqueta¹⁴, María Lucia Castro Salgado¹⁵, Jorge Hernán Pérez Arias¹⁶, Flor Marina Ortiz de Olaya¹⁷, Jorge Enrique Sandoval¹⁸, Claudia Helena y Liliana Zapata Pulido¹⁹**, son claros en precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que el señor, **Alejandro Alberto Zapata Alba**, desarrolló tanto su vida conyugal con **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, como su convivencia material efectiva con la demandante, **BEATRIZ OLAVE NAFFATH**, aseveración que se sustenta en las siguientes afirmaciones:

Los terceros al unísono declarado al plenario que: i) el causante se casó **HELENA PULIDO DE ZAPATA** en mayo 11 de 1962²⁰, con quien cohabitó hasta el año de 1994, anualidad en la que se separaron de hecho y ; ii) la conformación de la unidad familiar efectiva entre el difunto señor, **Alejandro Alberto Zapata Alba**, y la demandante **BEATRIZ OLAVE NAFFATH**, personas que, basada en la ayuda y socorro mutuo entre sus integrantes, en enero 31 de 1995²¹, decidieron compartir lecho, mesa y techo; comunidad

¹⁴ Yerno de Helena Pulido de Zapata, esposo de Claudia Zapata Pulido, manifestó que sus suegros se separaron en 1994, tiempo posterior conoció a Beatriz Olave de Naffath quién era la novia de su suegro.

¹⁵ Amiga íntima del hogar Zapata Pulido, quien expresó que el causante se casó con Helena Pulido de Zapata en mayo 11 de 1962, finalizando la cohabitación en el año 1994.

¹⁶ Contador del señor Alejandro Zapata por más de 30 años, persona quien afirmó que el causante se separó de hecho en el 94, iniciando posteriormente una relación con la señora Beatriz Olave Naffath.

¹⁷ Empleada de servicio generales de la pareja Zapata Olave, quien manifestó que trabajó con dicha unidad familiar por más de 20 años, finalizando dicho nexo contractual

¹⁸ Médico de cabecera del causante, Alejandro Alberto Zapata Alba, quién manifestó que desde septiembre 06 de 2004 hasta 22 de octubre de 2019, trató al óbito de la diabetes que este padecía, trámite clínico al que siempre lo acompañó la demandante

¹⁹ Hijas del causante que, pese de intentar negar la existencia de la convivencia material efectiva alegada por la actora al final terminaron reconociendo, esto a expresar que “su padre se quedada en la casa de la demandante y viceversa, quienes tenían la costumbre de asistir todos los miércoles a cine y viajar los fines de semanas a Fusagasugá”

²⁰ Afirmación que se sustenta con los registros de matrimonio y de nacimiento de los hijos procreados en la unión conyugal que sostuvo la familia zapata pulido.

²¹ Mediante declaración extra juicio rendida en noviembre 10 de 2003, ante la Notaria 52 del Circulo del Causante, expresó que desde hace 6 años había iniciado una unión marital de hecho con la demandante, manifestación que se realizó con ocasión de un requerimiento de Cafam.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

de vida que terminó por el fallecimiento de **Alejandro Alberto Zapata Alba**, en enero 26 de 2020.

Igualmente se debe resaltar que dentro de las actuaciones administrativa adelantadas ante la demandada **COLPENSIONES**, también se acreditó tanto el vínculo matrimonial alegado por la interviniente ad excludendum, como la convivencia marital efectiva alegada por la actora, siendo la concurrencia de beneficiarios pensionales, el único motivo valido y/o justificable para denegar la sustitución pensional por ellas pretendidas, circunstancia que, obliga conforme a la normatividad vigente, a que sea el juez laboral el que defina la titularidad del derecho pensional por sobrevivencia –*artículo 6 de 1204 de 2008*–.

Conforme lo anterior, por encontrarse demostrado en el *sub judice*: i) el derecho prestacional por vejez reconocido en favor del causante –*resolución Sub 82952 de abril 04 de 2019*, ii) un término de convivencia superior al mínimo exigido por la Ley 797 de 2003 – *la cónyuge supérstite mantuvo por 32 años el óbito y la compañera permanente convivió un término de 25 años*; así como por ostentar la actora y la interviniente ad excludendum iii) una edad superior a los 30 años de edad –*las cónyuge y compañera permanente supérstites tiene 87 y 75 años de edad a la fecha de proferimiento de este proveído respectivamente*²² y iv) la condición de cónyuge y compañera permanente supérstites para la fecha de fallecimiento del asegurado por vejez –*enero 26 de 2020*–; esta Colegiatura confirmará la sustitución pensional vitalicia reconocida en primera instancia.

4.- RETROACTIVO PENSIONAL.

²² En las cédulas de ciudadanía aportada en el plenario se advierte que Helena Pulido de Zapata Nació en diciembre 17 de 1937 y Beatriz Olave de Naffath nació en agosto 12 del 1949.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

Acreditada la legitimidad que le asiste a la actora y a la interviniente ad excludendum en la sustitución pensional por ellas pretendida, luego del estudio en grado jurisdiccional de consulta se confirmará la condena en el ordinal tercero de la providencia recurrida y consultada impuesta a la demanda **COLPENSIONES**.

5.- MONTO Y NÚMERO DE MESADAS PENSIONALES.

Por tratarse de una subrogación en la titularidad de un derecho pensional ya consolidado, prestación que se deberá realizar de la manera prevista en la resolución SUB-82952 de abril 04 de 2019, esta Colegiatura, en grado jurisdiccional de consulta, confirmará los ordinales 1º y 2º de la sentencia consultada y apelada.

6.- DESCUENTOS A SALUD

Como lo han explicado los precedentes judiciales dictados por la Máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral²³, por ser una obligación legal de las entidades pagadoras de pensiones, el descontar de las mesadas pensionales los correspondientes aportes al sistema general de la seguridad social en salud, la demandada **COLPENSIONES** deberá deducir y transferir a la EPS en la que se encuentre afiliada la demandante, **BEATRIZ OLAVE NAFFATH**, y la interviniente ad excludendum, **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, las correspondientes cotizaciones sociales; motivo por el cual, surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará, en este aspecto, el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada.

7.- INTERESES MORATORIOS.

²³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 52165 de 04 de noviembre de 2015, que reitera las sentencias con radicado 46576 de 23 de marzo de 2011, 52643 de 17 de abril de 2012, entre otras.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y cancelará al pensionado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago; no obstante, por haber existido en el **sub judice**, incertidumbre sobre la titularidad del derecho pensional por sobrevivencia, esta Colegiatura, en grado jurisdiccional de consulta, confirmará la absolución proferida en primera instancia²⁴.

8.- INDEXACIÓN.

Atendiendo lo preceptuado por los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991, en concordancia, con los lineamientos dispuestos por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 6898 de 201715, las mesadas pensionales dejadas de percibir por las beneficiarias pensional son susceptibles de indexación, motivo por el cual, en grado jurisdiccional de consulta, se confirmará en este aspecto la sentencia apelada y consultada.

9.- COSTAS.

²⁴ SL3426-2022 del 27 de septiembre de 2022, Radicación 89001, M.P Dolly Amparo Caguasango Villota, cuando precisó:

“En lo relativo a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse que se generan por el simple retardo de la administradora en el otorgamiento de la respectiva prestación pensional.

Sin embargo, esta Sala definió los casos en los que excepcionalmente no debe imponerse condena por tales conceptos, como cuando: i) se trata de derechos pensionales consolidados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) las actuaciones de las administradoras de pensiones al no otorgar la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se accede a la prestación por inaplicación del principio de fidelidad; vi) el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y; vii) la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018, y CSJ SL3130-2020), entre otros eventos”. Razón de decidir acogida por este Tribunal mediante sentencia SOL 2015 00580 01 MP. DELFINA FORERO MEJÍA.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

Sin condena en costa en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada proferida el día 15 de diciembre de 2022 por el **JUZGADO CUARTO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional que deba pagar a la demandante, **BEATRIZ OLAVE NAFFATH**, y la interviniente ad excludendum, **HELENA PULIDO DE ZAPATA**, los correspondientes aportes al sistema general de la seguridad social en salud, deducciones que **COLPENSIONES** deberá transferir a la EPS en la que estas se encuentren afiliadas.

SEGUNDO. -CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada proferida el día 15 de diciembre de 2022 por el **JUZGADO CUARTO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

TERCERO. -SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO. - En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al **JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, previas las anotaciones de rigor.

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

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Beatriz Olave de Naffath.
Demandada: Colpensiones.
Interviniente Helena Pulido de Zapata
Ad excludendum
Radicado: 110013105004-2020-00348-01- acumulado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



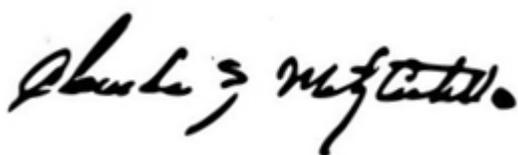
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500420200034801](#)

EXPEDIENTE ACUMULADO: [11001310501920200024500](#)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. – en adelante COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RADICADO: 110013105020-2022-00122-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES** y a surtir en su favor el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el día 15 de mayo de 2023 por el **Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá**¹, providencia que declaró: i) la ineficacia del traslado pensional del régimen de prima media con prestación definida -en adelante RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad -en adelante RAIS- del que fue sujeto el actor, señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**, en el año 1999; ii) condenó a **COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los bonos pensionales y cotizaciones junto sus rendimientos financieros causados por la afiliación

¹ Sentencia C-968 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

del actor al RAIS, y, iii) condenó a **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, en costas procesales y agencias en derecho.

II. ANTECEDENTES.

DEMANDA²

Mediante escrito radicado el día 23 de marzo de 2022, cuyo conocimiento correspondió al **Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., EDUARDO GONZÁLEZ GOMÉZ**, demandó a **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**³, solicitando se declare la nulidad de su traslado del régimen pensional de RPMPD al RAIS, y, en consecuencia, se condene a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, rendimientos y saldos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, con miras a que la administradora colombiana de pensiones, reciba dichos dineros y active su afiliación; imponiéndoles además, condena en costas y agencias en derecho.

EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ, manifestó que nació el día 15 de diciembre de 1955 y que se afilió al RPMPD en el año de 1982 realizando el pago de sus aportes a dicho esquema pensional hasta el mes de agosto de 1999, fecha en la que, por orden de su empleador “*centro cultural William Shakespeare*”, se trasladó al RAIS por medio de **COLFONDOS S.A.**, fondo pensional al que actualmente se encuentra afiliado.

Expresó que, para el momento en el que efectuó el aludido cambio pensional, no fue debidamente asesorado sobre las consecuencias legales que ese traslado de régimen generaba, puesto que: i) no le informaron cuáles eran las prerrogativas y desventajas de ambos esquemas pensionales, ii) no se realizó una proyección del valor de su posible mesada y iii) tampoco se le precisó cuáles eran los requisitos que debía cumplir para pensionarse en uno u otro régimen.

² Libelo introductorio admitido mediante auto calendaro febrero 10 de 2023

³ Archivo 1º del expediente digital

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

Resaltó que, en agosto 03 de 2018, al percatarse del “*error al que fue inducido*” y con miras a que se dispusiera su retorno al régimen de prima media con prestación definida, solicitó a **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, se declarara la ineficacia de su traslado pensional, petición que le fue denegada por las administradoras pensionales demandadas⁴

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA⁵

COLPENSIONES⁶, oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de “*errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C.; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica o innominada*”.

Argumentó que no existe dentro del plenario medio probatorio alguno que demuestre la ocurrencia del yerro –*vicio del consentimiento y/o protesto en el contrato de afiliación*- alegado por la parte demandante, señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**, afiliado pensional que, por no ser beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicio y/o aporte cotizados al sistema pensional – *sentencia C 789 de 2002⁷*-, así como por no presentar la solicitud de traslado dentro el término previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 –*el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*-, no es posible acceder a declarar la nulidad contractual por él pretendida.

⁴ Peticiones denegadas en noviembre 23 de 2018

⁵ El Juzgado de conocimiento por auto del 10 de abril de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES** (carpeta 12).

⁶ Contestación obrante en la 9ª carpeta.

⁷ la Corte Constitucional declaró exequible el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, precepto jurídico modificado por la norma citada, bajo el entendido que las personas que, habiéndose trasladado al RAIS, provenientes del RPM, podían retornar a esta último en cualquier tiempo siempre que al 1° de abril de 1994 hayan completado 15 años de servicios cotizados.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

COLFONDOS S.A.⁸, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de *“prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado; inexistencia de la obligación; falta de legitimidad en la causa por pasiva; ausencia de vicio del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; buena fe; innominada o genérica y compensación o pago”*.

Manifestó que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, normatividad vigente para el momento en que se efectuó el traslado a los fondos pensionales de la parte demandante, señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ** –agosto de 1999-, no le era exigible realizar una asesoría calificada a sus potenciales afiliados, motivo por el cual cumplió con el deber de información impuesto por la legislación imperante en aquella época, esto al compartir con el actor los beneficios y desventajas que ocasionaría su traslado pensional, obligación que se demuestra con el formulario de afiliación suscrito por el actor⁹.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Considerando que, el actor, señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**, no decidió libre y voluntariamente su traslado pensional del RPMPD al RAIS, aseveración que realiza el a-quo ante la ausencia de medio probatorio alguno que demuestre dentro del plenario el cumplimiento del deber de información al potencial afiliado de los beneficios y desventajas del RAIS por parte de la **AFP COLFONDOS S.A.**, el **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá**, mediante sentencia calendada mayo 15 de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ, a la AFP COLFONDOS S.A., el 04 de agosto 1999, conforme a lo considerado.

⁸ Carpeta 11

⁹ Pieza procesal obrante en la carpeta 12 fl 25.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

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

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

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

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

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN.

Inconforme la decisión, alegando el cumplimiento por parte de **AFP COLFONDOS S.A.**, del deber de información de los beneficios y desventajas del RAIS al potencial afiliado del régimen, así como la desidia presentada por el demandante frente al régimen pensional que cubría su riesgo de vejez y, el desconocimiento por parte del a-quo tanto de la prohibición legal prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2007 -el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez-, como del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida en mayo 15 de 2023.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Conforme lo ordenado en auto de 05 de junio de 2023, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en su demanda; por su parte, **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 69 del CPT y de la SS debe efectuarse en grado jurisdiccional de consulta y los parámetros establecidos en el artículo 66 A ibidem, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Definir si ¿es procedente declarar la ineficacia del traslado pensional del demandante, señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**?
- En caso afirmativo, establecer si ¿la declaratoria de ineficacia y sus efectos, infringe la prohibición prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003?
- Determinar si ¿el a-quo, incurrió en error al no ordenar debidamente indexada la devolución a **COLPENSIONES** de todos los valores cobrados por **COLFONDOS S.A.**, con ocasión de la afiliación al RAIS del demandante señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**?
- En grado jurisdiccional de consulta, determinar si ¿fue acertada la decisión de primera instancia de declarar infundada la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**?

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

2.- RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1.- SOBRE EL DEBER DE INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA EN AQUELLOS EVENTOS EN QUE SE SOLICITA LA “NULIDAD” DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido pacíficas en señalar que no existen, ni se requieren palabras sacramentales para formalizar las peticiones que se elevan ante las autoridades judiciales, con miras a resolver las controversias que se presentan entre los particulares, de allí que los jueces no sólo tienen la facultad de interpretar las demandas, sino que, además, para dilucidar el verdadero sentido del libelo, están constreñidos a ese deber.

Esta facultad de interpretación, cobija todo el campo de las normas procesales, pues, como expresamente lo regula el artículo 11 del Código General del Proceso¹⁰, el sentenciador debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos judiciales es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial toda vez que no siempre la demanda, que es la pieza fundamental del proceso, está revestida de claridad y precisión, por lo que, “cuando adolece de cierta vaguedad en la relación de los hechos o en la forma como quedaron concebidas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la(s) pretensión(es) o pretensiones contenidas en el libelo, en procura de no sacrificar, puesto que no es aceptable en el campo de la hermenéutica de la demanda, que la torpe expresión de las ideas pueda ser motivo valedero para subestimar el derecho reclamado ‘cuando éste alcanza a percibirse en la intención y en la exposición de las ideas del demandante’” (Casación G. J. T. XLVIII, pág. 483).

En el presente asunto, la demanda se encuentra soportada en el presunto incumplimiento de **COLFONDOS S.A.** de su deber legal de brindarle al actor información suficiente, clara, completa, comprensible y oportuna sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, pues le brindó información insuficiente y engañosa respecto a la edad de pensión y el retiro de los

¹⁰ Aplicable al asunto por remisión normativa prevista en el artículo 145 del C.P.T.S.S.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

aportes en la cuenta de ahorro individual y con ese fundamento solicitó la nulidad de tal vinculación.

No obstante, la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre ha sido reiterativa en señalar que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia¹¹ o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado -artículos 271 y 272 Ley 100 de 1993-; de ahí que, es este, el tratamiento que debe darse al examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión al deber de información.

En ese sentido, la interpretación dada por el Juez de primera instancia a la demanda incoada **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ** fue correcta, debido a que la senda por la cual debe analizarse la validez del acto de traslado de régimen pensional es de la ineficacia y no bajo la institución de las nulidades sustanciales.

2.2.- SOBRE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 48 de la Carta Política, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciendo dos regímenes pensionales excluyentes pero coexistentes: el primero, denominado régimen de prima media con prestación definida -RPMPD, caracterizado, siempre que se cumpla con dos requisitos: edad y semanas de cotización por retornar una mesada pensional determinada y preestablecida y, el segundo, denominado régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, en el que valor de la mesada pensional depende del aporte acumulado realizado por el afiliado, más los rendimientos financieros del capital, siempre que, al tiempo del reconocimiento, tal suma garantice el pago de una pensión equivalente al ciento diez por ciento del salario mínimo mensual vigente.

¹¹ Sentencia SL3871-2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. “Así, para la Corte no hay duda que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia”.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Eduardo González Gómez

Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.

Radicado: 110013105020-2022-00122-01

Adicionalmente, como característica propia del sistema general de pensiones, el artículo 13 *ibidem*¹², consagra que, tal y como lo establece el canon 271 *eiusdem*¹³, la afiliación, además de ser obligatoria, debe ser voluntaria, prerrogativa que al ser transgredida y/o vulnerada priva de efectos jurídicos el traslado pensional.

De otra parte, es menester resaltar que el ordenamiento jurídico patrio, también autoriza el traslado de los afiliados de ambos regímenes, cada cinco años, siempre que faltaren más de diez años para adquirir la edad pensional¹⁴. Sobre el particular, la Corte Constitucional declaró exequible dicho mandato legal, bajo el entendido que las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que habiéndose trasladado al RAIS, no hayan regresado al RPMPD, podían volver a este último en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002, esto es, que al 1° de abril de 1994 hubiesen completado 15 años de servicios (criterio vertido en la sentencia C- 625 de 14 de agosto de 2007).

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentadas dos reglas para el traslado: la primera, que las personas ajenas al régimen de

¹² “ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...) (Subrayado fuera del texto)

¹³ “ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios”.

¹⁴ Al respecto, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prescribe: “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

transición podían cambiarse cada cinco años, salvo que les faltare diez años o menos para alcanzar la edad de pensión y, la segunda, para aquellos afiliados con expectativas legítimas que al 1° de abril de 1994 tenían quince años de servicios o tiempos cotizados, beneficiarios del régimen de transición, quienes pueden trasladarse en cualquier tiempo (sentencia C-789 de 24 de septiembre 2002, reiterada en la sentencia SU-130 de 13 de marzo de 2013).

En este sentido, solo los beneficiarios del régimen de transición que para el 1° de abril de 1994 contaban con quince años o más de servicios o su equivalente en tiempo de cotización, pueden trasladarse en cualquier tiempo desde el sistema de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

No obstante, habida cuenta que la ineficacia se predica frente a la validez del acto jurídico¹⁵, debe aclararse que el anterior postulado tiene excepción cuando la elección del afiliado a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes no está precedida de una decisión libre y voluntaria, toda vez que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindarles asesoría amplia sobre sus consecuencias, conocimiento sobre sus efectos, que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión que se adopte al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

Bajo ese contexto, aunque **COLPENSIONES** sostiene que el traslado pensional del actor no resulta procedente por cuanto conforme a los parámetros del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, a la fecha de formulación de la acción, **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**, no cumplía con la edad requerida para poder retornar al RPMPD, debe resaltar que, lo que aquí se debate, es

¹⁵ Pues en palabras de la Corte, “la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, sin importar si el afiliado tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse. Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional...”, sobre el particular véase la sentencia STL6422-2021 del 02 de junio de 2021, así como las sentencias SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3871- 2021.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el día 18 de abril de 1997 por incumplimiento al deber de información, aspecto diametralmente distinto a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que, en este particular aspecto, no son de recibo los argumentos en el recurso de apelación esgrimidos por **COLPENSIONES** .

2.2.- SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE RECAE EN LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.

La jurisprudencia laboral ha sido pacífica en expresar que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de los dos regímenes excluyentes, pero coexistentes, con el fin que pudieran tomar decisiones informadas, se impuso a las AFP, el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, completa y oportuna de las características de cada uno de los dos esquemas pensionales.

Las AFP, para garantizar a los interesados el derecho básico de recibir información en su proceso de traslado tienen el deber inexcusable de proporcionar a sus potenciales afiliados información suficiente, completa, clara, comprensible, precisa y oportuna sobre las características, ventajas, desventajas, condiciones de acceso, efectos, consecuencias y riesgos de ambos regímenes pensionales.

El deber de información impuesto a todas las AFP, en este caso, **COLFONDOS S.A.**, para el momento en que se hizo efectivo el traslado, es decir el día 04 de agosto de 1999¹⁶, tiene fundamento legal en los siguientes preceptos:

- a) El literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho al afiliado a seleccionar de manera libre, informada y voluntaria el régimen pensional, de allí que, a las AFP les corresponde brindar la

¹⁶ Formulario de vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.- (FI 25 de carpeta 12 del expediente).

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Eduardo González Gómez

Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.

Radicado: 110013105020-2022-00122-01

información necesaria, objetiva y transparente al afiliado, so pena de hacer efectiva la sanción del artículo 271 ibidem.

- b) El numeral 1 del artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993¹⁷, impone a las entidades vigiladas, entre ellas a las AFP; el deber de suministrar información transparente de sus servicios que den a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.
- c) El artículo 12 del Decreto 720 de 1994¹⁸, expresamente regula que las AFP tienen el deber de suministrar información suficiente, amplia y oportuna al momento de la afiliación, durante su vinculación y de las prestaciones a las cuales tiene derecho el posible afiliado.

Sin perjuicio de memorar que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó a determinado régimen pensional, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo alega o invoca, interpretación que se acompasa con la literalidad del artículo 167 del C.G.P., que de manera diáfana prescribe que las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues

¹⁷ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 97. Información. (...) "**1. Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la **información necesaria** para lograr la mayor **transparencia** en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

¹⁸ Decreto 720 de 1994. "Por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993". "Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes".

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Eduardo González Gómez

Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.

Radicado: 110013105020-2022-00122-01

como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral “*la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual*», pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)¹⁹”.

Esa inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil²⁰, que enseña que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”, disposición de la que se colige que corresponde al Fondo de Pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional, razonamiento que se refuerza, cuando se observa que las entidades financieras y las compañías aseguradoras, por su posición en el mercado, profesionalismo, experiencia y control de la operación, tienen preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que, incluso el ordenamiento jurídico patrio (Art. 11, literal b) de la Ley 1328/2009) considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en contra de los consumidores financieros.

En cuanto a la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado²¹, además, que la simple expresión genérica o preestablecida en los formatos no es prueba apta para demostrar que la decisión es libre y voluntaria, más aún si desconocen la incidencia frente a sus derechos prestacionales por cambio de régimen pensional²².

¹⁹ Sentencia SL3871-2021. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

²⁰ Aplicable a asuntos laborales y de la seguridad social, por disposición expresa del canon 19 del C.S.T.

²¹ Sentencia SL1452-2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en las sentencias SL1688-2019, SL4806-2020, SL5686-2021.

²² Sentencia SL12136-2013 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

Debe resaltarse que tampoco son de recibo los argumentos encaminados a señalar que, la permanencia del afiliado por un largo tiempo en el RAIS válida la falta de información oportuna, o que lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, sean argumentos suficientes para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues, de conformidad con el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la Constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (Art. 25 C. Pol.), las labores desarrolladas por las AFP conciernen a los intereses públicos, razón básica por la que las obligaciones de estas entidades se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre otro tipo de particulares y, por lo tanto, su validación debe efectuarse con mayor rigurosidad respecto de la asesoría y deber de información que le deben suministrar a sus usuarios o afiliados²³.

En el mismo sentido, los actos de traslados entre diferentes AFP no generan un acto de relacionamiento que convalide la voluntad de permanencia, porque si en la fecha de traslado del RPMPD al RAIS el afiliado no contó con la información necesaria, clara, objetiva, transparente, comprensible y oportuna, toda actuación posterior no desvirtúa el incumplimiento de tal deber, lo que necesariamente lleva a que el acto jurídico se torne ineficaz²⁴.

En el caso bajo examen, **COLPENSIONES** fundamenta su recurso de apelación contra la decisión de declaratoria de ineficacia del traslado en los siguientes puntos: 1) que la afiliación del señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ** a **AFP COLFONDOS S.A.** fue de manera libre, voluntaria y espontánea y que de la suscripción del contrato de vinculación se permite presumir que el demandante tenía información necesaria de las condiciones, características y desventajas del régimen; 2) que el único requisito para la validez del traslado en ese momento era el diligenciamiento del formulario en el que se consigna que la decisión es libre, espontánea y sin presiones y; 3) que existe imposibilidad en el traslado del demandante

²³ Criterio establecido en la sentencia SL de 9 de septiembre de 2008, radicado 31989.

²⁴ Sentencia SL1055-2022 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

porque él está a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión y, debido a que esta decisión descapitaliza el sistema pensional, como consecuencia desfinancia los derechos prestacionales de los demás afiliados.

Contrario a lo sustentado por **COLPENSIONES**, véase que en el expediente reposan copia del formulario de traslado a AFP **COLFONDOS S.A.**, historias válidas para bono pensional y laboral consolidada, relación histórica de movimientos y expediente administrativo de Colpensiones, medios probatorios insuficientes para acreditar que la AFP demandada le haya proporcionado al demandante la información precisa en la que se delimitaran los alcances positivos y negativos de la decisión de traslado, ya que la simple manifestación de voluntad del afiliado acerca de que la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen y administradora de pensiones, de ningún modo suple, en orden a procurar una decisión informada con datos veraces de las mejores opciones del mercado, la obligación que el fondo de pensiones privado tenía en su momento, de analizar y explicar de manera detallada la situación del trabajador que estaba afiliando al RAIS.

En ese sentido, la Sala considera que pese a que el Decreto 692 de 1994²⁵ establece que la voluntad del afiliado debe corroborarse con la firma del formulario, junto a la prueba de haber tomado la decisión de trasladarse de manera libre, espontánea y sin presiones, la argumentación de **COLPENSIONES** no está llamada a prosperar, ya que, en este caso, ninguna de las demandadas dieron cuenta de que la información brindada al señor **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ** respecto de las consecuencias y efectos del cambio de régimen pensional haya sido clara y suficiente.

A su vez, **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**, declaró que la motivación detrás de su traslado a **AFP COLFONDOS S.A.**, el día 04 de agosto de 1999, radicaba en la indebida asesoría prestada por parte del promotor pensional

²⁵ Decreto 692 de 1994. Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. "...Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido..."

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

respecto a que se podía pensionar antes de la edad mínima que exigía la ley, pensión que quedaba con un valor superior al mínimo, y, por último, que le pasaron el formulario, lo firmó y que así se trasladó a AFP **COLFONDOS. S. A.**

Aseguró que no le explicaron cómo se manejaban las cuentas de ahorro individual, ni que le practicaban descuentos para las pólizas previsionales de invalidez y muerte, ni cómo se liquidaba la mesada pensional en **COLPENSIONES**, ni cuales factores iban a tener en cuenta para liquidar su pensión; que tampoco le informaron sobre las figuras de retracto, de devolución de saldos, que en caso de no tener beneficiarios, el dinero entraba a ser parte de la masa sucesoral y; que no tuvo acompañamiento antes de cumplir los 52 años que le informara de la posibilidad de retornar al RPMPD.

De otro lado, cabe advertir que el hecho de que el accionante **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ**, hubiere estado afiliado al RAIS por más de 21 años, no conlleva *per se* a señalar que él ratificó el traslado del RPMPD, puesto que como lo ha explicado la jurisprudencia laboral que se citó con antelación, la carencia de eficacia de variación del régimen pensional nunca se convalida por el solo paso del tiempo o posteriores traslados efectuados entre los Fondos privados, ya que ello implicaría modificar el contenido de sus derechos prestacionales, más si se tiene en cuenta que la ineficacia del traslado de régimen pensional trasmite los efectos a los siguientes cambios que se hubiere efectuado entre las diferentes administradoras de fondo de pensiones privadas.

En virtud de estos razonamientos, la Sala considera acertada la decisión de primer grado, puesto que, de las declaraciones del demandante **EDUARDO GONZÁLEZ GÓMEZ** y de los expedientes administrativos aportados por las demandadas **COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES**, quedó establecido que la AFP accionada no cumplió con su deber de suministrar información suficiente y transparente en el proceso de traslado de régimen pensional, asesoría que le hubiera permitido al actor tener elementos de juicio objetivo para escoger las mejores opciones del mercado, conforme lo preceptuado en

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; sumado a ello, **COLFONDOS S.A.** no aportó medios de convicción que tuvieran como finalidad demostrar el cumplimiento del deber de brindar información al afiliado y no puede pretender que sus propias declaraciones constituyan prueba a su favor, cuando tuvo una conducta procesal pasiva respecto a su carga probatoria.

En este orden de ideas, el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** no prospera y, en consecuencia, se confirmará declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional a **COLFONDOS S.A.** efectuado el día 4 de agosto de 1999, por ende, deberá reconocerse que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación a ese tránsito, como si el afiliado se hubiere mantenido en la entidad administradora del RPMPD.

2.3.- SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE APORTES Y DEMÁS CONCEPTOS A COLPENSIONES.

El efecto jurídico de las acciones judiciales de “*ineficacia*” no es otro distinto que retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido. Dicho en otras palabras, una declaratoria en este sentido, tiene un efecto ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (Art. 1746 C.C.).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta determinación trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido a dicho régimen pensional, debiendo restituirse las cosas a su estado original, pues, como ya se afirmó, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la AFP y el afiliado.

Asimismo, atendiendo a que es una consecuencia adversa a la ineficacia del traslado por incumplir el deber de información suficiente, clara, objetiva y transparente al afiliado, declarada la ineficacia del traslado de régimen, la

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

AFP está en el deber de devolver de modo pleno y con efectos retroactivos el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado con motivo de la afiliación como cotizaciones, los rendimientos, bonos pensionales, si hubiera lugar, los valores cobrados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Igualmente, las AFP tienen la obligación, al momento de efectuar la devolución, de discriminar detalladamente los conceptos, valores, ciclos, aportes, ingreso base de cotización y demás información que a su juicio consideren relevante debidamente justificada²⁶.

Conforme lo dicho, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para **COLPENSIONES**, el deber de mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas que debe trasladar la administradora privada de pensiones, incluidos los dineros cobrados a título de gastos de administración, comisiones, primas previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, lo que a su vez, garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos.

De otro lado, surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, esta Corporación, modificará parcialmente y adicionará el ordinal 3° de la sentencia de primera instancia, en el entendido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A.**, a retornar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró la afiliación del demandante al RAIS, correspondiente a contribuciones pensionales junto sus respectivos rendimientos, comisiones, gastos de administración, primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y, eventualmente, el bono pensional si los hubiere, **actuación que AFP COLFONDOS S.A.**,

²⁶ Sentencia SL3803-2021 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada por las sentencias SL1055-2022, SL2229-2022.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

2.5.- SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

En punto a la excepción de prescripción interpuesta por **COLPENSIONES**, es del caso señalar que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible. En palabras de nuestro máximo órgano de cierre “*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).*” (CSJ SL1689-2019).

Así las cosas, revisado este aparte de la sentencia de primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta, y siguiendo la línea jurisprudencia decantada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, está Sala considera necesario confirmar la desestimación que de dicho mecanismo defensivo efectuó el juez de primer grado.

2.6.- COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras,

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

COLPENSIONES haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida, surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta se revocará parcialmente el numeral séptimo de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo **ÚNICAMENTE** de **AFP COLFONDOS S.A.**

3.- CONCLUSIONES.

La Sala modificará parcialmente y adicionará el ordinal tercero de la sentencia proferida el día 15 de mayo de 2023 por el **JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de condenar a **COLFONDOS S.A.** a devolver y trasladar a **COLPENSIONES**, debidamente indexados los valores correspondiente a: i) contribuciones pensionales junto sus respectivos rendimientos, ii) comisiones, iii) gastos de administración, iv) primas de los seguros previsionales, v) los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y, eventualmente, vi) el bono pensional si los hubiere, obligación que realizará con cargo a sus propios recursos, actuación que **AFP COLFONDOS S.A.**, deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

Así mismo, se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo **ÚNICAMENTE** de **AFP COLFONDOS S.A.**, y la confirmará en lo demás.

4.- COSTAS.

De conformidad a lo previsto en el numeral 1° del artículo 365 del Código General de Proceso; ante la no prosperidad de la impugnación presentada por **COLPENSIONES**, esta Corporación condena a la parte vencida en favor de la demandante, en costas por la suma de un salario mínimo mensual legal vigente, (1 S. M.M.L.V.).

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – MODIFICAR PARCIALMENTE Y ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el día 15 de mayo de 2023 por el **JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de condenar a **COLFONDOS S.A.** a devolver y trasladar a **COLPENSIONES**, debidamente indexados los valores recibidos durante el tiempo en que duró la afiliación del demandante al RAIS, correspondiente a contribuciones pensionales junto sus respectivos rendimientos, comisiones, gastos de administración, primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y, eventualmente, el bono pensional si los hubiere, devolución que realizará con cargo a sus propios recursos, actuación que **AFP COLFONDOS S.A.**, deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023, por el **JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el entendido de **ABSOLVER a COLPENSIONES** de la condena en costas de la primera instancia.

TERCERO. - CONFIRMAR los demás aspectos de la sentencia consultada y recurrida.

CUARTO–.CONDENAR en costas a **COLPENSIONES.**, fijándose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente (1.M.M.L.V.).

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Eduardo González Gómez
Demandada: Colpensiones y Colfondos S.A.
Radicado: 110013105020-2022-00122-01

QUINTO.- En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al **JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



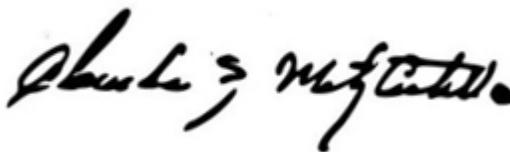
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502020220012201](#)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA NOEMI VIDALES SILVA.
DEMANDADOS: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –en adelante UGPP-.
RADICADO: 110013105023-2021-00338-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **UGPP** y a surtir en su favor, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el día 04 de mayo de 2023, por el **JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**¹, providencia que reconoció la sustitución pensional pretendida por la actora, señora **ANA NOEMI VIDALES SILVA** y condenó a la **UGPP** a pagar el correspondiente retroactivo pensional.

II. ANTECEDENTES.

¹ Sentencia C-968 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

DEMANDA²

Mediante escrito radicado el día 29 de junio de 2021, cuyo conocimiento correspondió al **Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., ANA NOEMÍ VIDALES SILVA**, demandó a la **UGPP**, solicitando que, en su condición de compañera permanente supérstite, se le declare beneficiaria de la sustitución pensional generada por el fallecimiento del señor ³[redacted], persona con quien convivió desde el día 1° de noviembre de 1975 hasta el día 29 de junio de 2018, fecha de su fallecimiento; pretende se condene a la demanda **UGPP** a sustituir y pagar en su favor, el derecho prestacional de que en vida disfrutó el causante, señor **Luis Francisco Valderrama López** y, debidamente indexadas, al pago retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 29 de junio de 2018, intereses moratorios, costas procesales y agencias en derecho.

ANA NOEMÍ VIDALES SILVA, manifestó que su convivencia con el causante inició el día 1° de noviembre del 1975, momento a partir de cual y con el ánimo de conformar una unidad familiar basada en la ayuda y socorro mutuo entre sus integrantes, decidieron compartir lecho, mesa y techo; comunidad de vida que terminó por el fallecimiento de **Luis Francisco Valderrama López**, en junio 29 de 2018.

Expresó que, tras la defunción de su compañero permanente, solicitó a la **UGPP**, el reconocimiento de la sustitución pensional que le asiste, petición primigeniamente concedida por la demandada en su favor mediante Resolución RDP 030250 de julio 25 de 2018; no obstante, ante la lo posterior postulación de la señora **Flor Morelia Soto Sánchez** quien se presenta como beneficiaria de la sustitución del derecho presuntamente generado en su favor por el fallecimiento de **Luis Francisco Valderrama López⁴**, la **UGPP**, a través de acto administrativo RDP 038415 de septiembre 24 de

² El a-quo mediante proveído calendado 31 de agosto de 2021, dispuso la admisión de la demanda.

³ Mediante Resolución N° 006969 del 02 de mayo de 2000, Cajanal reconoció en favor del causante pensión de vejez en cuantía 1.598.766, efectiva a partir del 1° de marzo de 1999, derecho prestacional reliquidado mediante resolución 015559 de junio 21 de 2001, 1.714.071.

⁴ Persona que adujo ser la compañera permanente del causante desde 8 de octubre de 2010 hasta el 29 de junio de 2018.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

2018, dejó en suspenso el deprecado reconocimiento prestacional por sobrevivencia.

Manifestó que, con ocasión de la suspensión del disfrute de su derecho pensional, promovió declaratoria de existencia de unión marital de hecho, proceso en el que el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia calendada diciembre 14 de 2020, declaró la existencia de la unión marital de hecho que ella sostuvo con **Luis Francisco Valderrama López** desde 1° de noviembre 1975 hasta 29 de junio de 2018, fecha en la que él falleció.

Que, conforme esa decisión judicial, el día 30 de diciembre de 2020 nuevamente solicitó a la **UGPP** el reconocimiento del derecho que le asiste, y el pago del valor de la mesada de sustitución pensional, entidad que, aduciendo la concurrencia de beneficiarias pensionales, mediante Resolución RDP 04746 de febrero 26 de 2021, denegó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida y dejó en suspenso su otorgamiento, decisión confirmada mediante resoluciones RDP 009834 y RDP 13118 de abril 22 y mayo 25 de 2021 respectivamente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA⁵

La **UGPP⁶**, oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de previas y de mérito que denominó “*falta de integración del Litisconsorte necesario; inexistencia del derecho reclamado; improcedencia de la aplicación de la ley civil a efectos de reconocimiento de prestaciones reguladas en la seguridad social; improcedencia de intereses moratorios e indexación; inexistencia de intereses moratorios; presunción de legalidad del acto administrativo; buena fe de la UGPP; prescripción; innominada o genérica.*

Argumentó que el pronunciamiento jurisdiccional aportado por la actora no tiene fuerza probatoria alguna para demostrar el cumplimiento del tiempo

⁵ El Juzgado de conocimiento por auto del 30 de marzo de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **UGPP**. (carpeta 10)

⁶ Contestación obrante en la 5 carpeta.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

mínimo de convivencia que exige la Ley 797 de 2003 no existe dentro del plenario medio probatorio que demuestre la convivencia material efectiva alegada por la demandante, **ANA NOEMI VIDALES SILVA**; así mismo, manifestó que, atendiendo lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, dada la concurrencia de presuntas beneficiarias pensionales no es posible acceder a lo solicitado, razones suficientes para denegar la sustitución pensional pretendida.

Instalada la audiencia de que trata el artículo 77 CPT y SS en mayo 04 de 2022, atendiendo la excepción previa de “*falta de integración del Litisconsorte necesario*” propuesta por la demandada **UGPP**, el a-quo, mediante proveído adiado mayo 24 de 2022, dispuso la vinculación al proceso de la señora, **FLOR MORELIA SOTO SÁNCHEZ**, como interviniente ad excludendum, sujeto procesal que pese de ser notificado en debida forma, guardó silencio⁷.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Argumentado la acreditación de los presupuestos necesarios para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida por la actora, **ANA NOEMÍ VIDALES SILVA**, el a-quo, mediante proveído calendado mayo 04 de 2023, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP, a reconocer y pagar a favor de la demandante ANA NOEMÍ VIDALES SILVA, la sustitución pensional por el fallecimiento del pensionado LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ, a partir del 29 de junio de 2018, en cuantía inicial igual del 100% de la suma devengada por el causante al momento de su fallecimiento, por el mismo número de mesadas al año que recibía el causante, y con los reajustes legales anuales. Mesadas pensionales que deberán

⁷ Tercero que se vinculó a la actuación procesal, como consecuencia de su postulación, como compañera supérstite de causante, en el trámite administrativo de sustitución pensional adelantado por la UGPP. Mediante proveído calendado febrero 22 de 2023, el a-quo tuvo por no contestada la demanda por parte de la interviniente ad excludendum.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

reconocerse debidamente indexadas desde la fecha de su causación hasta el momento de su pago.

PARAGRAFO: *Se autoriza a la demandada para que del retroactivo pensional a pagar efectuó los correspondientes descuentos por aportes a salud, y, además, descuenta las mesadas pensionales que ya le fueron canceladas a la demandante, derivadas del reconocimiento pensional que se efectuó mediante Resolución RDP 030250 del 25 de julio de 2018, y el cual se dejó en suspenso con la Resolución No. RDP 038415 del 24 de septiembre de 2018.*

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP** de las demás pretensiones incoadas por el demandante **ANA NOEMI VIDALES SILVA**.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

CUARTO: NO HAY COSTAS en la presente instancia

IV. RECURSOS DE APELACIÓN.

Considerando que el a-quo incurrió en una indebida valoración probatoria de la prueba testimonial aportada por la parte demandante, declaraciones de terceros que no tienen la suficiente fuerza probatoria para acreditar el cumplimiento del requisito del tiempo mínimo de convivencia que exige la Ley 797 de 2003, la demandada **UGPP**, apeló la decisión de primera instancia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Conforme lo ordenado en auto de 23 de mayo de 2023, dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

VI. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 69 del CPT y de la SS debe efectuarse en grado jurisdiccional de consulta y los parámetros establecidos en el artículo 66 A ibídem, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto por **UGPP**, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Fue correcta la determinación del Juez de Primera instancia de reconocer la sustitución pensional pretendida por la actora, **ANA NOEMÍ VIDALES SILVA?**

En grado jurisdiccional de consulta, se determinará si ¿fue acertada la decisión de primera instancia de declarar infundada las excepciones propuestas por **UGPP?**

2.- RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1-ESTATUS DE PENSIONADO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN PENSIONES, DEL SEÑOR LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ.

Atendiendo la información consignada en las Resoluciones N° 006969 de 02 mayo de 2000 y 015559 de julio 21 de 20018, se aprecia por esta Colegiatura el estatus pensional del causante, **Luis Francisco Valderrama López**; circunstancia que, no fue objeto de controversia por los sujetos procesales que conforman la litis, motivo por el cual se tendrá, por cierto.

8 derecho prestacional reconocido por la extinta CAJANAL, hoy UGPP.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

2.2.- ESTADO CIVIL DE LA BENEFICIARIA SUPÉRSTITE ANA NOEMÍ VIDALES SILVA Y EL CAUSANTE.

De conformidad con la prueba documental obrante a folios 02, 27, 28, 29 y 30 de la carpeta 2° del cuaderno n°1 de este expediente⁹, verifica la Corporación que, bajo la ritualidad de las Leyes 54 de 1990, 979 de 2005 y 1564 de 2012, el Juzgado Primero Familia del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia calendada diciembre 14 de 2020, declaró la existencia de la unión marital de hecho que en vida sostuvieron la demandante **ANA NOEMÍ VIDALES SILVA** y el causante, **LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ**, comunidad de vida que perduró desde el día 1° de noviembre de 1975 hasta el día 29 de junio de 2018, fecha de fallecimiento de este último, circunstancia que, igualmente no fue objeto de contradicción por los sujetos procesales que conforman la litis, motivo por el cual igualmente se tendrá por cierta¹⁰.

2.3.-PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU RECONOCIMIENTO.

Atendiendo la data del fallecimiento del causante *-29 de junio de 2018-*, la normatividad aplicable en el **sub judice** son los artículos 12 y 13 de la Ley

⁹ Registros civil de nacimiento del causante y la demandante de enero 27 de 2021, documentos solemnes en los que se consignó la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Zipaquirá en diciembre 14 de 2020, cuya resolutoria es la siguiente: **PRIMERO:** DECLARAR la existencia de la UNION MARTIAL DE HECHO, entre LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ (Q.E.P.D) y la señora ANA NOEMI VIDALES SILVA, identificada con la cedula de ciudadanía N°21.945.280 expedida en Remedios (Antioquia), durante el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1975 hasta el 29 de junio de 2018, fecha en la cual falleció el señor LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar que entre LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LOPEZ (Q.E.P.D) identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.117.053 expedida en Bogotá D.C. y la señora ANA NOEMI VIDALES SILVA identificada con la cedula de ciudadanía N° 21.945.280, expedida en Remedios (Antioquia); se originó sociedad patrimonial durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1975 hasta el 29 de junio de 2018. Para su liquidación procedase conforme a ley en juzgado o notaria.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR LA CESACION DE EFECTOS CIVILES DE LA UNIÓN MARTIAL DE HECHO, entre LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ (Q.E.P.D), identificado con la cédula de ciudadanía N°19.117.053, expedida en Bogotá D.C. y la señora ANA NOEMI VIDALES SILVA, identificada con la cedula de ciudadanía N° 21.945.280 expedida en Remedios (Antioquia).

QUINTO: Inscribase esta providencia en los registros de nacimiento de las partes y en libro de varios correspondiente, al efecto ofíciase a la Notaria o Registraduría correspondiente.

SEXTO: Sin costas al no figurar causadas y por no presentarse oposición.

SEPTIMO: a costa de los interesados y por Secretaría expídanse las copias que se soliciten.

OCTAVO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación ante la Sala Familia del H. Tribunal Superior de Cundinamarca.”

¹⁰ Matrimonio celebrado el día 12 de diciembre de 1977.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

797 de 2003¹¹, disposiciones que establecen los requisitos que, ante el fallecimiento del cónyuge o compañero permanente pensionado, deben acreditar los presuntos beneficiarios supérstites de la sustitución pensional.

Así, el artículo 13 *ejúsdem* establece que, son beneficiarios de dicho derecho pensional, en forma vitalicia, el cónyuge o el compañero/a permanente supérstite del pensionado, siempre y cuando el aludido beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante acredite: 1) edad de 30 años o más; 2) la existencia de un reconocimiento pensional por vejez y/o invalidez en favor del asegurado fallecido; 3) la calidad de cónyuge o compañero/a permanente del beneficiario para la fecha de defunción del *cujus* y, 4) el término mínimo de convivencia de 5 años, periodo que entrándose de compañero permanente supérstite, debe ser los últimos 5 años de vida del pensionado fallecido¹².

¹¹ ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...)” (Subrayado fuera del texto)

¹² **Respecto del requisito de la convivencia**, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2901-2021 del 7 de julio de 2021, Radicación No. 81543, Sala de Casación Laboral de Descongestión No.1, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, señaló:

“De otro lado, es necesario precisar también que, la convivencia ha sido entendida como la comunidad de vida forjada en los lazos de amor, solidaridad, colaboración económica y apoyo mutuo, que refleje el propósito de realizar un proyecto de pareja responsable, esto es, una «[...] efectiva comunidad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos» (CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 40055).

Así, tal exigencia legal entraña una comunidad de vida estable y permanente, en donde se brinde «soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común» (CSJ SL1399-2018). Tal concepto, conforme a lo explicado por esta corporación, «[...] comprende circunstancias que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla» (CSJ SL6286-2017).

Además, es criterio pacífico de la Corte que en tratándose de un pensionado fallecido, es necesario acreditar los cinco años de convivencia para obtener la pensión de sobrevivientes, conforme a lo previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En efecto, en múltiples providencias, entre ellas en la CSJ SL1730-2020, recientemente reiterada por la Sala en la CSJ SL2396-2021, se precisó que «la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.»

Así mismo la referida Corporación en Sentencia SL3323-2022 del 20 de septiembre de 2022, Radicación No. 89569, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, señaló:

“Esta corporación dando alcance al precepto en cita, a partir de la sentencia CSJ SL1730-2020, ratificado en la decisión CSJ SL5270-2021, asentó que la exigencia del requisito de convivencia mínima de cinco años previsto en la disposición en cita, se predica únicamente cuando la prestación se reclama por la muerte del pensionado, no del afiliado que es el caso bajo estudio.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

Asimismo, el referido precepto jurídico en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42 constitucional, previó que, en caso de presentarse simultaneidad de beneficiarios entre cónyuge y compañero permanente del causante, el juez de trabajo deberá resolver la controversia pensional conforme los siguientes supuestos:

- 1) Existe convivencia simultánea entre él, su cónyuge y su compañera permanente.

En este evento se dispone que los beneficiarios del derecho pensional serán la cónyuge y compañera (o) permanente, en proporción al tiempo que cada una(o) haya convivido con el fallecido.

- 2) Cuando no existe convivencia simultánea, pero durante la vigencia de la relación conyugal el afiliado mantiene unión marital de hecho.

En este supuesto de hecho, la compañera o compañero permanente superviviente podrá reclamar su cuota parte en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, La otra cuota corresponderá al cónyuge con el cual el pensionado conformó el vínculo matrimonial.

- 3) Cuando existe matrimonio con separación de cuerpos, pero el afiliado no mantiene unión marital de hecho al momento de su muerte.

En este supuesto fáctico, el cónyuge podrá reclamar la enunciada prestación pensional, ya que al subsistir el vínculo matrimonial hasta la fecha de fallecimiento del causante, este se hace acreedor de la prestación pensional por sobrevivencia, puesto que su no cohabitación con el causante, no extingue los deberes de ayuda, colaboración y socorro mutuo que entre ellos existen, finalizando dichas obligaciones únicamente con la cesación de los efectos civiles del matrimonio o, en su defecto, con el divorcio.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

Bajo los derroteros expuestos, una vez verificado el cumplimiento de los enunciados requisitos por parte del presunto beneficiario de la pensión por sobrevivencia y/o sustitución pensional, es deber de las administradoras y/o fondos pensionales otorgar la subrogación prestacional pretendida.

3.-CASO CONCRETO

Para la Sala de Decisión el recurso de apelación interpuesto por la demandada **UGPP**, no tiene vocación de éxito por las razones que a continuación se expresan:

Se adolece la recurrente de la indebida valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia, funcionario jurisdiccional que, en su criterio, tergiversó las declaraciones rendidas por los testigos **Néstor Octavio Velandia Goyeneche**, Ana Vidales Silva y José Antonio Patiño Colorado, toda vez que, de dichos medios probatorios, no se logra demostrar el término mínimo de convivencia necesario para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida por la actora.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la impugnante, esta Corporación corrobora que los testimonios rendidos por los **Néstor Octavio Velandia Goyeneche**¹³, **Ana Vidales Silva**¹⁴ y **José Antonio Patiño Colorado**¹⁵ refrendan la comunidad de vida declarada por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Zipaquirá en diciembre 14 de 2020, dado

¹³ En la audiencia calendada mayo 04 de 2023 escuchó al señor NÉSTOR OCTAVIO VELANDIA GOYENECHÉ, quien en su testimonio manifestó conocer a la demandante, por ser la compañera permanente de su tío el señor LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LOPEZ, que su familiar residió en distintos Municipios y ciudades de Colombia, por cuestiones laborales, que durante un periodo vivió con la mencionada pareja en RIONEGRO, que después se trasladaron a GUADUAS y finalmente a CAJICA, lugar donde llevaban cuatro años de permanencia y donde el señor VALDERRAMA falleció, que le consta que la accionante nunca se separó del pensionado, porque siempre mantuvo comunicación con ellos.

¹⁴ Así mismo la testigo ANA VIDALES SILVA, aseguró en su declaración ser hermana de la accionante, que la señora Noemí Vidales, convivió con el señor FRANCISCO VALDERRAMA desde el año 1975 hasta la calenda en que éste falleció y que de ello tenía conocimiento "Pues porque yo iba a donde ellos y mi hijo mantenía mucho allá con con ellos."

¹⁵ Finalmente el señor JOSE ANTONIO PATIÑO COLORADO, manifestó que fue amigo de la pareja desde el año 2003, porque era él quien les realizaba el corte de pelo y arreglos de uñas, que asistían a la peluquería los dos, que inicialmente la accionante y su compañero vivieron en GUADUAS, donde fue a visitarlos y después en CAJICA, lugar que también conoció: "Ellos, generalmente yo trabajo con cita, cita agendada en la peluquería, entonces venían a apartar la cita y venían los dos."

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

que al unísono manifestaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que se desarrolló la unión marital de hecho que sostuvieron la actora, señora **ANA NOEMÍ VIDALES** y el causante, señor **Luis Francisco Valderrama López**, compañeros permanentes que por el término de 42 años realizaron un proyecto común de vida basado en la fidelidad, el socorro y ayuda mutua entre sus integrantes.

Igualmente se debe resaltar que dentro de las actuaciones administrativa adelantadas ante la demandada, **UGPP**, también se acreditó la convivencia material efectiva alegada por la demandante, motivo por el cual la accionada mediante *Resolución RDP 030250 del 25 de 2018*, reconoció en favor de la actora, la sustitución pensional por ella pretendida, prestación social dejada en suspenso en septiembre 24 de 2018, por la postulación de la señora **FLOR MORELIA SOTO SÁNCHEZ**, como beneficiaria marital supérstite del causante **Luis Francisco Valderrama López**.

Conforme lo anterior, por encontrarse demostrado en el *sub judice*: i) el derecho prestacional por vejez reconocido en favor del causante – *resoluciones N°006969 del 2 de mayo de 2000 y 015559 de julio 21 de 2001* -, ii) un término de convivencia superior al mínimo exigido por la Ley 797 de 2003 – *convivieron por periodo de 42 años*-, así como por ostentar la actora iii) una edad superior a los 30 años de edad –*tiene 64 años de edad a la fecha de proferimiento de este proveído*-¹⁶ y iv) la condición de compañera permanente para la fecha de fallecimiento del asegurado por vejez –*junio 29 de 2018*-; esta Colegiatura confirmará la sustitución pensional vitalicia reconocida en primera instancia.

4.- MONTO Y NÚMERO DE MESADAS PENSIONALES.

Por tratarse de una subrogación en la titularidad de un derecho pensional ya consolidado, prestación que se deberá realizar de la manera prevista en

¹⁶ conforme Registro Civil de nacimiento expedido en enero 27 de 2021, la actora nació en enero 17 de 1960

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

las resoluciones N°006969 del 2 de mayo de 2000 y 015559 de julio 21 de 2001, esta Colegiatura, en grado jurisdiccional de consulta, confirmará el ordinal 1° de la sentencia consultada y apelada, en el sentido de “...reconocer y pagar a favor de la demandante **ANA NOEMI VIDALES SILVA**, la sustitución pensional por el fallecimiento del pensionado **LUIS FRANCISCO VALDERRAMA LÓPEZ**, a partir del 29 de junio de 2018, en cuantía inicial igual del 100% de la suma devengada por el causante al momento de su fallecimiento, por el mismo número de mesadas al año que recibía el causante, y con los reajustes legales anuales...”

5.- RETROACTIVO PENSIONAL.

Acreditada la legitimidad que le asiste a la actora en la sustitución pensional por ella pretendida, en grado jurisdiccional de consulta se confirmará la condena impuesta a la demanda **UGPP** en el parágrafo del ordinal primero de la providencia recurrida y consultada, precisando que del retroactivo pensional a pagar, se le deberá excluir el valor de las mesadas pensionales ya disfrutadas en el periodo comprendido desde el día 25 de julio de 2018 hasta el día 24 septiembre de la aludida anualidad, fecha en la que se dejó en suspenso el goce de la enunciada prestación social .

6.- DESCUENTOS A SALUD

Como lo han explicado los precedentes judiciales dictados por la Máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral¹⁷, por ser una obligación legal de las entidades pagadoras de pensiones, el descontar de las mesadas pensionales los correspondientes aportes al sistema general de la seguridad social en salud, la demandada **UGPP** deberá deducir y transferir a la EPS en la que se encuentre afiliada la demandante, **ANA NOEMÍ VIDALES SILVA**, las correspondientes cotizaciones sociales; motivo

¹⁷ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 52165 de 04 de noviembre de 2015, que reitera las sentencias con radicado 46576 de 23 de marzo de 2011, 52643 de 17 de abril de 2012, entre otras.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

por el cual, surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará el párrafo del ordinal primero de la sentencia apelada y consultada.

7.- INTERESES MORATORIOS.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y cancelará al pensionado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago; no obstante, por haber existido en el **sub judice**, incertidumbre sobre la titularidad del derecho pensional por sobrevivencia, esta Colegiatura, en grado jurisdiccional de consulta, confirmará la absolución proferida en primera instancia¹⁸.

8.- INDEXACIÓN.

Atendiendo lo preceptuado por los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991, en concordancia, con los lineamientos dispuestos por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 6898 de 201715, las mesadas pensionales dejadas de percibir por la beneficiaria pensional son susceptibles de indexación, motivo por el

¹⁸ SL3426-2022 del 27 de septiembre de 2022, Radicación 89001, M.P Dolly Amparo Caguasango Villota, cuando precisó:

“En lo relativo a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse que se generan por el simple retardo de la administradora en el otorgamiento de la respectiva prestación pensional.

Sin embargo, esta Sala definió los casos en los que excepcionalmente no debe imponerse condena por tales conceptos, como cuando: i) se trata de derechos pensionales consolidados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) las actuaciones de las administradoras de pensiones al no otorgar la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se accede a la prestación por inaplicación del principio de fidelidad; vi) el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y; vii) la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018, y CSJ SL3130-2020), entre otros eventos”. Razón de decidir acogida por este Tribunal mediante sentencia SOL 2015 00580 01 MP. DELFINA FORERO MEJÍA.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01

cual, en grado jurisdiccional de consulta, se confirmará en este aspecto la sentencia apelada y consultada.

4.- COSTAS.

Sin condena en costa en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. –CONFIRMAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada y consultada proferida el día 04 de mayo de 2023 por el **JUZGADO VEINTITRÉS DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

SEGUNDO. –SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO. - En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al **JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Ana Noemí Vidales Silva.
Demandada: Ugpp
Radicado: 110013105023-2021-00338-01



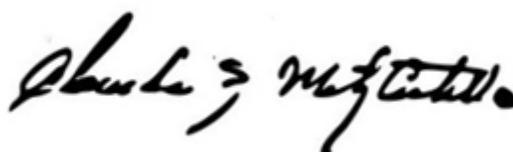
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502320210033801](https://expediente.digipal.gov.co/11001310502320210033801)



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

**RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 25-2014-00036-02

Bogotá D.C., febrero veintisiete (27) de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE: EVELYN LILIANA RAMÍREZ SALCEDO Y JIMMY ALEJANDRO RAMÍREZ SALCEDO en calidad de herederos determinados y herederos indeterminados del señor JAIME RAMIREZ YEPES

DEMANDADO: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA

ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

Conforme lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de agosto de 2022.

No obstante haberse concedido término para ello en auto del 02 de septiembre de 2022, ninguna de las partes presentó alegaciones por escrito.

ANTECEDENTES

Los señores **EVELYN LILIANA RAMIREZ SALCEDO Y JIMMY ALEJANDRO RAMIREZ SALCEDO** en calidad de herederos determinados del señor **JAIME RAMIREZ YEPES** instauraron demanda ordinaria laboral contra la **COOPERATIVA**

DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES:

DECLARATIVAS:

- 1) Declarar que el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA y su fallecido padre, JAIME RAMIREZ YEPES estuvo vigente hasta el 14 de julio de 2012.

CONDENATORIAS:

- 1) Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada a pagarles las cesantías de los años 2003 a 2011 y, por no haber sido oportunamente consignadas, sus correspondientes indemnizaciones.
- 2) Pagarles proporcionalmente las cesantías del año 2012.
- 3) Pagarles debidamente indexadas los intereses sobre las cesantías de los años 2003 a 2011 y proporcional del año 2012.
- 4) A compensar en dinero las vacaciones de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y, las proporcionales correspondientes al año 2012.
- 5) Pagarles la indemnización moratoria por el no pago proporcional de las cesantías del año 2012, los salarios y primas de servicios que se reclaman.
- 6) Pagar debidamente indexado el valor de los salarios causados en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2009 y el 14 de julio de 2012.
- 7) Pagar la indemnización moratoria por el no pago proporcional de las cesantías del año 2012, los salarios y las primas de servicios que se reclaman.
- 8) Pagarles, debidamente indexado, el valor del auxilio de transporte causado por el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 14 de julio de 2012.
- 9) Con fundamento en los principios *ultra* y *extra petita*, pagarles el valor de todos los derechos, que resulten probados dentro del proceso y deban serle protegidos y no se encuentren relacionados en las peticiones anteriores.
- 10) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 13 de diciembre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda por parte de los herederos indeterminados (Archivo 26 del expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 05 de agosto de 2022 dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la **SOCIEDAD DEMANDADA COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LIMITADA** y el ex trabajador **JAIME RAMÍREZ YEPES (QEPD)**, quien en vida se identificó con la cédula 19.397.838, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde 2 de enero de 1991 hasta el 14 de julio del 2012, relación laboral que estuvo vigente por disposición legal del artículo 140 del código sustantivo del trabajo, para desempeñar el cargo de conductor de vehículo de servicio público de pasajeros, con una remuneración salarial del salario mínimo legal mensual vigente para cada época y que terminó con la muerte del trabajador conforme lo dispone el numeral A artículo 60 del código sustantivo del trabajo, por lo motivado en la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la **SOCIEDAD DEMANDADA COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LIMITADA**, adeuda al ex trabajador **JAIME RAMÍREZ YEPES (QEPD)** ya identificado, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnización, esto es, por los conceptos de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y la sanción por no consignación de cesantías, conforme lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 del 90, por las razones expuestas en la parte emotiva de la presente sentencia.

TERCERO: DECLARAR como beneficiarios de reconocimiento y pago de los salarios acreencias laborales y prestaciones sociales, adeudadas por la sociedad demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LIMITADA** al trabajador y difunto que en paz descanse **JAIME RAMÍREZ YEPES** a sus hijos aquí demandantes **EVELYN LILIANA RAMÍREZ SALCEDO** cédula 1014224909 y **JIMMY ALEJANDRO RAMÍREZ SALCEDO**, con cédula 1032359753 por lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LIMITADA**, a reconocer y pagar a favor de los demandantes en calidad de beneficiarios señora **EVELYN LILIANA RAMÍREZ SALCEDO** y **SEÑOR JIMMY ALEJANDRO RAMÍREZ SALCEDO** ya identificados en representación de su padre fallecido ex trabajador, por los conceptos de: salarios, auxilio de transporte, cesantía, intereses a las cesantías,

vacaciones, prima de servicios a la suma de \$28.279.664 pesos, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, conforme a liquidación efectuada por este Juzgado, por lo motivado.

QUINTO: CONDENAR a la demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDE LIMITADA**, a reconocer y pagar a favor de los demandantes señora **EVELYN LILIANA RAMÍREZ SALCEDO** y **SEÑOR JIMMY ALEJANDRO RAMÍREZ SALCEDO**, ya identificados en representación de su padre fallecido ex trabajador por concepto de sanción por no consignación de las cesantías del año 2009 a partir del 15 de febrero 2009 y hasta el 14 de junio de 2012, fecha esta en la cual falleció el ex trabajador, concepto este que por 3 años y 5 meses ascienden a la suma de \$22.003.499 pesos, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago por lo motivado.

SEXTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción conforme a lo motivado.

SÉPTIMO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra por los demandantes, por lo motivado.

OCTAVO: CONDENAR en costas a cargo del demandado Cooperativa De Transportadores Buses Verdes LTDA en la suma de \$4.500.000 pesos a favor de los demandantes, en una única suma para los dos.

NOVENO: GASTOS de curaduría a favor de la Dra. María Esperanza Estepa Benavides y a cargo de los demandantes por la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes en cuantía de \$2.000.000 de pesos, que el despacho fijo a favor de la profesional de derecho por lo motivado.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Solicita se revoque la decisión de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, toda vez que la demanda fue presentada el 28 de enero de 2014, por lo que ésta habilita la reclamación presentada por la parte demandante el 28 de enero de 2011, lo que a su vez retrotrae la viabilidad de su reconocimiento al 28 de enero de 2008.
2. **SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:** Reprocha que si bien se concluyó que el auxilio de cesantías no se veía afectado por la excepción de prescripción, ocurre lo mismo con la sanción por no consignación de cesantías establecida en el Ley 50 de 1990.

Afirma que el artículo 99, numeral tercero de la citada Ley 50 de 1990, dispuso que el valor liquidado por concepto de cesantía debe consignarse antes del 15 de febrero del año siguiente, en el fondo que elija al trabajador, a renglón seguido en el mismo numeral terminantemente dispuso *"el empleador que incumpla el plazo señalado, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo"* manifiesta que la norma es clara, diáfana, no contiene expresiones oscuras, incomprensibles o contradictorias y, sin embargo, los operadores judiciales, desdeñando su evidente tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu le han indagado diversas interpretaciones, al punto que no hay unanimidad de criterio y entonces algunos sostienen que allí tiene cabida el fenómeno de la prescripción, mientras que otros la rechazan.

Así mismo, han llegado a la errada conclusión que no pueden coincidir dos o más sanciones por incumplimiento de lo que se debe consignar, sin tener en cuenta que la sanción corresponde a anualidades y a cuantías diferentes, y por tanto no son excluyentes, interpretación que no comparto porque el incumplimiento recurrente del empleador en lugar de perjudicarlo lo beneficia ya que su omisión no le acarrea una sanción adicional, sino que, por el contrario, lo exonera de la anterior sanción, toda vez que, siguiendo ese derrotero, el incumplimiento le purga la mora y, por virtud de la prescripción, adicionalmente se puede apropiarse de la suma correspondiente a la cesantía .

Tampoco comparto se entienda que, al término del contrato de trabajo, la indemnización del artículo 65 del código sustantivo del trabajo reemplace la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, porque la ley no lo consagra y porque allí donde el legislador no distingue o excluye no le es dado a hacerlo al intérprete, de tal suerte que las sanciones por la no consignación prevista en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, corren paralela y simultáneamente cada vez que ocurra la infracción a esa disposición legal.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, expresando su desacuerdo sobre los siguientes aspectos:

1. **TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:** Afirma que el contrato que la demandada había suscrito con el señor JAIME RAMIREZ YEPEZ (QEPD) NO fue suspendido, que, por el contrario, lo que realmente sucedió fue un abandono del cargo, razón por la que el contrato no se encontraba vigente.

2. **MEMORANDOS DE SUSPENSIÓN:** Frente a los memorandos de suspensión de orden de trabajo, si bien existe uno dirigida por la Gerencia de los despachadores, con el que presuntamente se suspende el contrato de trabajo al ex trabajador, ese escrito fue firmado por el señor Yesid Peña en lugar del Gerente, aseveración que este mismo señor lo ratifica en memorando de fecha 24 de octubre del mismo año, en el que también dice a los despachadores que el señor Ramírez Yepes, tenía la orden de trabajo suspendida.

Que así se puede concluir, en primer lugar, que la orden no iba dirigida directamente al trabajador, sino a los despachadores y, en segundo lugar, que esa orden no provenía de una persona que tuviera facultades de empleador, pues el señor Yesid Peña, quien suscribió el documento, no estaba facultado para tomar estas decisiones, ya que ellas recaían en el departamento de talento humano y no en un inspector.

Que, se aparta por completo del fallo condenatorio, toda vez que, de conformidad con lo expuesto, la orden fue dada por una persona ajena a los directivos de la empresa, quien no tenía facultades para impartir estas instrucciones, prueba que también fue apreciada erróneamente por el A Quo.

3. **PAGO DE SALARIOS Y EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Reprocha que, no obstante declarar haberse configurando el fenómeno de la prescripción en el año 2009 se impuso condenas por concepto de pagos de salarios desde julio de 2009 hasta el 14 de julio de 2012, así como por auxilio de transporte desde el 14 de julio de 2009 al 14 de julio de 2012.

Razona conforme lo dicho que si bien el señor Jaime Ramírez Yepes, presentó reclamación el 10 de febrero del 2012, en ella no hizo mención a los auxilios de transporte causados hasta el 30 de septiembre del 2009 y sólo reclamó los valores correspondientes a octubre, noviembre y diciembre de ese año; luego los anteriores al 01 de octubre del 2009, están cobijados con el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 28 de enero del 2014, es decir,

más de 4 años después y que, lo mismo pasa con el salario que se condena desde el julio del 2009 y que los salarios al señor se le pagaron con motivo del anterior proceso hasta el 30 de septiembre del 2009, luego habría lugar a imponer condena desde el 01 de octubre del 2014 y no desde julio del 2009.

4. SANCIÓN MORATORIA ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990: Considera que esta pretensión también se encuentra afectada por el fenómeno de prescripción para el año 2009, toda vez que la prescripción empieza a correr desde la fecha en que vence el plazo para consignar las cesantías al fondo, trayendo a colación la sentencia 7892 del 03 de diciembre del 2009, en la que estableció: *“Al respecto debe precisarse que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de las cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto a la sanción moratoria del numeral 3 del artículo 99 y la Ley 50 del 90, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponde el causado y que se omitió consignar por su exigibilidad data desde dicho día”*, por lo que, de acuerdo con lo anterior, el auxilio de las cesantías del año 2009, se debía consignar en el fondo a más tardar del 14 de febrero del 2010 y la demanda se presentó el 29 de enero 2014, es decir, que entre el 15 de febrero del 2010 al 29 enero del 2014, hay más de 3 años, luego opera el fenómeno de la prescripción, no solo sobre la del año 2009, cuando acertadamente el *a quo* la declaró.

De conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente merecen reproche.

CONSIDERACIONES

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí de conformidad con la prueba recauda dentro del proceso hay lugar o no a condenar a la demandada por concepto de indemnización por despido sin justa causa. **2.** Si procede la sanción por no consignación de cesantías de que dispone el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 o si ella se encuentra afectada por la excepción de prescripción.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No hubo controversia de ninguna de las partes respecto de la existencia del contrato de trabajo declarado, desde el 02 de enero de 1991, hecho que fue aceptado como cierto por la demandada en la contestación, situación que igualmente se corrobora con el contrato suscrito entre las partes, visible a folios 55 y 56 del Archivo 02 del Expediente digital, donde en efecto las partes JAIME RAMÍREZ YEPES (QEPD), suscribió contrato de trabajo a término indefinido, con la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LIMITADA "COO-TRANSVER", desempeñando el cargo de conductor, percibiendo un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, hechos que no fueron objeto de rechazo por ninguna de las partes.

Ahora bien, en lo que respecta al extremo final de la relación laboral, el Juzgado de primer grado declaró como fecha final del contrato de trabajo, el 14 de julio de 2012, calenda frente a la cual la parte demandada presentó reproche, afirmando que el señor RAMIREZ YEPES abandonó su cargo después que una persona ajena a la empresa, le enviaran un memorando solicitando consignar el producido del vehículo, sin embargo esa conducta, condujo al trabajador fallecido a abandonar su cargo, causal contemplada como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, y que no sucedió como lo intenta hacer ver la parte demandante, basado en que la cooperativa, por intermedio de un funcionario con facultades subordinantes, hecho que no se probó, profirió un escrito que desvinculó de las funciones al ex trabajador, lo que, aunado al hecho que, de conformidad con el interrogatorio de parte rendido por la liquidadora Jenny Gil, quien manifestó que el ex trabajador había abandonado el cargo, sin dejar de lado que, los mismos demandantes en su interrogatorio de parte afirmaron que no conocían a los propietarios de los vehículos con quien el ex trabajador laboraba, ni como era el pago del salario ni sus prestaciones sociales y, aún más importante, al indagárseles sobre cuales actividades realizó el causante con posterioridad al mes de octubre de 2012 hasta la fecha en que falleció, ambos hijos declararon que se dedicaba a ayudarle a una tía en labores varias, con lo que se acredita que con posterioridad a octubre de 2012 no estuvo a disposición de la empresa y se dedicó a diferentes actividades, lo que demuestra que el demandante no se encontraba en la situación de que trata el artículo 140, como lo quiere hacer ver la parte demandante. Finalmente, por cuanto el memorando del 22 de octubre, en primer lugar se destaca que, la orden no iba dirigida directamente al ex trabajador, sino a los despachadores

y, en segundo lugar, que esta orden no provenía de una persona que tuviera facultades de empleador, pues el señor Yesid Peña, quien suscribió el documento, no estaba facultado para tomar estas decisiones, ya que las mismas recaían en el departamento de talento humano y no en un inspector.

Así pues, con el fin de establecer si entre el señor JAIME RAMIREZ YEPES (QEPD) y la sociedad BUSES VERDES LTDA existió una relación laboral en los extremos temporales términos indicados en la demanda, acomete a Sala el estudio de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario.

Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes. De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal distinta, debe ser tomado como lo que realmente es y no como lo que aparenta ser, conforme lo ampara nuestra Constitución Política en el artículo 53 que consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo pues si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que, estando en presencia de esos elementos no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución. Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, presunción legal susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al caso bajo estudio, se aprecia que, a folios 51 y 53 del Archivo 02 del expediente digital, suscrito el primero de ellos por el señor MAURICIO CÁRDENAS – Gerente de la demandada y el segundo, por parte del señor YESID PEÑA – Inspector General de la demandada, reposan memorandos emitidos por la demandada, fechados el 22 y 24 de octubre de 2022 respectivamente, escritos en los que les informan a los despachadores la suspensión de orden de trabajo en los siguientes términos:

“Se informa a los despachadores que a partir de la fecha le queda suspendida la orden de trabajo al señor JAIME RAMÍREZ YEPES, hasta cuando se ponga a paz y salvo con sus obligaciones frente a la cooperativa”

En la segunda comunicación se informa:

“Se informa a los despachadores que por disposición de la gerencia a partir de la fecha le queda suspendida la orden de trabajo al señor JAIME RAMÍREZ YEPES”.

Conforme la anterior documental, no es de recibo para la Sala los argumentos expuestos por la parte demandada en su recurso de apelación, tendiente a desconocer los memorandos remitidos al ex trabajador, como quiera que, si bien dice “*PARA: DESPACHADORES*” en el texto del escrito se expresa claramente que a partir de la fecha quedaría suspendida la orden de trabajo del señor JAIME RAMIREZ YEPES, no puede desconocerse que tal decisión iba dirigida directamente al ex trabajador, y no, como lo pretende hacer ver la parte demandada, a la generalidad de despachadores de la empresa demandada, razón por la cual habrá de concluirse que el contrato de trabajo del señor RAMIREZ YEPEZ se encontraba suspendido desde el 24 de octubre de 2002, fecha en que se emitió el último memorando aportado por la parte demandante.

El artículo 140 del CST frente al tema dispone:

“ARTICULO 140. SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO. Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del {empleador}.”

Así las cosas, negando la existencia de la suspensión del contrato de trabajo, pretende la parte demandada se revoque la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo hasta el 14 de julio de 2012, fecha de fallecimiento del trabajador, por cuanto, en su consideración, el señor RAMIREZ YEPES abandonó su cargo.

Es pues, evidente es que la comunicación de suspensión de orden de trabajo al fallecido trabajador Jaime Ramírez Yepes, se realizó de manera unilateral por parte del empleador y ello tiene como consecuencia que el contrato se encontraba vigente hasta tanto no variaran las causas que le dieron origen y llevan a que el trabajador tuviese derecho a percibir el salario, aun cuando, conforme la norma en cita, él no haya prestado el servicio, ya que lo fue por culpa del empleador.

Aunado a lo anterior, si bien la parte demandante afirma que lo que realmente sucedió fue que el ex trabajador abandonó el cargo para el que fue contratado, lo cierto es que, luego de que aparentemente una persona ajena a la empresa le enviaron un memorando solicitando consignar el producido del vehículo conducido, sin que exista prueba fehaciente que acredite la procedencia de tal argumento, carga probatoria que le incumbía, la Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto la duración del contrato, toda vez que se configuró lo establecido en el literal a) del numeral primero del artículo 61 del código sustantivo del trabajo, esto es, que el contrato de trabajo se dio por finalizado *"por muerte del trabajador"*, despachando de manera desfavorable las súplicas de la demandada, tendiente a declarar que hubo un abandono del cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se declarará que el extremo final de la relación laboral data del 14 de julio de 2012, fecha de fallecimiento del señor RAMIREZ YEPES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Ahora bien, por razones de método, se procede primeramente a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, declarada probada parcialmente por el Juzgador de primera instancia.

Debe señalarse entonces que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el

art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así dispone, en punto a la interrupción de la prescripción, que la misma opera por una sola vez, y ocurre, bien extra procesalmente, mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P., con la presentación de la demanda.

Inconforme con la decisión proferida por el juzgado de primer grado, la parte *demandante* presentó recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, expresó que la demanda fue radicada el 28 de enero de 2014, lo que habilita la reclamación presentada por la parte demandante el 28 de enero de 2011, hecho que, a su vez, en su consideración, retrotrae sus efectos al 28 de enero de 2008, las pretensiones reclamadas no están cobijadas por la prescripción y mantiene con vida todos los derechos reclamados desde el 28 de enero de 2008 (Sic).

Por su parte, la *demandada* presentó recurso de apelación frente al tema, afirmando que, si bien se impuso condena por concepto de salarios desde julio de 2009 hasta el 14 de julio de 2012, así como por auxilio de transporte desde el 14 de julio de 2009 al 14 de julio de 2012, lo cierto es que debe tenerse en cuenta la configuración del fenómeno de la prescripción para el año 2009, para todos los conceptos condenados.

Así las cosas, debe indicarse en primer lugar que, según documentos que obran a folios 43 a 47 del Archivo 02 del expediente digital, el trabajador en vida presentó tres reclamaciones parciales, reclamaciones que, conforme sello de recibido de la accionada, fueron recibidos por la cooperativa demandada, respectivamente los días 29 de enero de 2010, 28 de enero de 2011 y 10 de febrero de 2012, es decir que se realizaron en vigencia de la relación laboral.

De otro lado, a folio 49 reposa nueva reclamación presentada por los hijos del señor RAMIREZ YEPES, recibida por la cooperativa demandada el **31 de enero de 2013**, calenda tomará esta Sala de decisión como válida, como quiera que la relación laboral se dio por finalizada el 14 de julio de 2012, fecha a partir de la cual comenzaba a correr el término trienal que dispone la norma anteriormente mencionada, como lo pretende el apoderado de la parte demandante, teniendo en

cuenta que, para dicha data se encontraba vigente la relación laboral y no las anteriores radicadas por el trabajador.

Concluyendo: Como la reclamación fue presentada el **31 de enero de 2013**, y la demanda radicada el **28 de enero de 2014**, se encontrarán afectadas por el fenómeno de prescripción, incluyendo los los salarios y auxilio de transportes pretendidos para el año 2009 **aquellas acreencias causadas con anterioridad al 31 de enero de 2010**, esto es, 3 años atrás a la presentación de la reclamación.

Aclarado lo anterior, se **MODIFICARÁ** el ordinal segundo de la sentencia apelada, para, con excepción de la compensación de las vacaciones causadas con anterioridad al 31 de enero de 2009, el auxilio de cesantías y sus intereses, como quiera que sobre este concepto no aplica la excepción, se **DECLARA PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción de todos aquellos derechos y acreencias laborales causadas con anterioridad del **31 de enero de 2010**.

Igualmente, conforme lo anteriormente explicado, se **MODIFICARÁ** el ordinal cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA**, conforme la liquidación que se anexa, la cual hace parte integrante de la presente decisión, a pagar a la parte actora, por concepto de salarios, auxilio de transporte, prima de vacaciones y compensación de vacaciones, la suma de \$20.078.271,81.

SANCIÓN NUM. 3 DEL ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990:

El juzgador de primer grado condenó a la demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDE LIMITADA**, a reconocer y pagar a favor de los demandantes señora **EVELYN LILIANA RAMÍREZ SALCEDO** y **SEÑOR JIMMY ALEJANDRO RAMÍREZ SALCEDO**, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías del año 2009 a partir del 15 de febrero 2009 y hasta el 14 de junio de 2012, fecha esta en la cual falleció el ex trabajador, a pagar la suma de \$22.003.499 pesos, valor que deberán ser indexado al momento de su pago.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante presentó recurso de apelación, señalando que la sanción por no consignación de cesantías no puede

verse afectada por el fenómeno de prescripción, como quiera que, el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no contiene expresiones oscuras, incomprensibles o contradictorias, sin embargo, el operador judicial le aplicó la excepción de prescripción, sin que sea procedente hacerlo.

Trayendo a colación la sentencia 7892 del 03 de diciembre del 2009 por considerar que, toda vez que la prescripción empieza a correr desde la fecha en que vence el plazo para consignar las cesantías al fondo, la sanción de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 se encuentra afectada por el fenómeno extintivo, también presentó recurso de apelación por esta condena.

De acuerdo a lo anterior, el auxilio de las cesantías del año 2009, se debía consignar en el fondo a más tardar del 14 de febrero del 2010 y la demanda se presentó el 29 de enero 2014, es decir, que, entre el 15 de febrero del 2010 al 29 enero del 2014, hay más de 3 años, luego opera el fenómeno de la prescripción, no solo sobre la del año 2009, sino también obviamente sobre las anteriores anualidades respecto de las cuales, acertadamente, el *a-quo* declaró la prescripción.

Así las cosas, en punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose sanción de un día de salario por cada día de retardo en su consignación, se impone y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

En el caso en cuestión, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL3936-2018, en donde la Corte reflexionó *«Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta»*.

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos, al efectuar un análisis pormenorizado de las pruebas recaudadas, esta Sala considera que efectivamente la demandada actuó de mala fe, como quiera que, pese a existir la documental suscrita por personas facultadas para ello, niega haber remitido memorando al ex trabajador suspensión de la orden de trabajo, situación que aunada al hecho que no se acredita que haya tenido nueva comunicación con el trabajador para el reintegro de las labores en su trabajo y a que, por el contrario, se excusa bajo la afirmación que fue el señor RAMIREZ YEPES quien abandonó el cargo para cuyo desempeño fue contratado, hecho que tampoco fue acreditado por la empresa demandada, no demostrado a través de una prueba siquiera sumaria, que intentó comunicarse con el trabajador con el fin de liquidar su contrato de trabajo, debe precisarse en todo caso que, nunca le canceló las acreencias laborales a que tenía derecho.

Conforme lo expuesto, no obra prueba dentro del plenario que acredite la buena fe de la sociedad demandada y, en consecuencia, no se evidencian razones atendibles para sustraerse de sus obligaciones que como empleador le correspondían al omitir la consignación del auxilio de cesantía a un fondo y, por el contrario, de conformidad con las pruebas obrantes dentro del plenario, se deja ver que, muy a pesar de la modalidad que empleó, la convocada a juicio deliberadamente ejerció un poder subordinante sobre el ex trabajador.

Ahora, en lo que respecta a la aplicación de la excepción de prescripción a la sanción por no consignación de cesantías, recuérdese que ésta sanción está sujeta al fenómeno extintivo, por lo tanto, el derecho debe ejercerse en oportunidad, debiendo en consecuencia despacharse desfavorablemente la súplica de la parte demandante, encaminada a no aplicar la excepción de prescripción en la sanción por no consignación del auxilio de cesantías, como quiera que, en relación al auxilio de cesantías su exigibilidad opera en momentos diferentes.

En ese orden de ideas, en este tipo de sanción el término de prescripción empieza a correr desde la fecha en que vence el plazo para consignar las cesantías al fondo, tal como se expuso en la sentencia 70892 del 3 de diciembre de 2019, en la que el máximo órgano de cierre de la especialidad adoctrinó:

*«Al respecto debe precisarse, que **la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes**, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras*

que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día;»

Conforme lo anterior, no se observa documental alguno con la que se acredite que efectivamente al ex trabajador le hayan consignado a un fondo las cesantías de los años reclamados, se confirmará la decisión del Juzgado de primera instancia, sin que, por no ser ese valor objeto expreso de apelación, sea competencia de la Sala entrar a determinar valores calculados por el *a quo*.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR**, conforme las consideraciones que anteceden, el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la prescripción de todos aquellos derechos y acreencias laborales causadas con anterioridad del **31 de enero de 2010**, con excepción de la compensación de las vacaciones causado con anterioridad al 31 de enero de 2009 y del auxilio de cesantías y sus intereses, como quiera que sobre estos conceptos no aplica la excepción.

SEGUNDO: **MODIFICAR** el **ORDINAL CUARTO** de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA**, conforme la liquidación que se anexa, la cual hace parte integrante de la presente decisión, a pagar a la parte actora, la suma de \$20.078.271,81, por concepto de salarios, auxilio de transporte, prima de vacaciones y compensación de vacaciones.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante de la sentencia proferida el 05 de agosto de 2022 por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Link expediente digital: [11001310502520140003602](https://www.cjts.gov.co/11001310502520140003602)



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

**RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 28-2017-00647-01

Bogotá D.C., febrero veintisiete (27) de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA GONZALEZ PULIDO
DEMANDADO: SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA
ASUNTO : GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DE
LA PARTE DEMANDANTE

Conforme lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de agosto de 2022.

Mediante auto del 12 de octubre de 2022, se corrió traslado para alegaciones y ninguna de las partes presentó.

ANTECEDENTES

La señora **SANDRA PATRICIA GONZALEZ PULIDO** instauró demanda ordinaria laboral contra de **SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Declarar que entre las partes existió en realidad un contrato individual de trabajo a término indefinido, modalidad verbal, que tuvo vigencia desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de julio de 2016.

- 2) Declarar ineficaz y sin ningún valor el presunto contrato de trabajo que la demandante suscribió por un término de 3 meses con la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA en noviembre de 2015.
- 3) Se condene a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar, a favor de la demandante, con el real salario que devengaba la trabajadora, las sumas de dinero correspondientes al auxilio de cesantías, causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de junio de 2016, valores adeudados por la demandada.
- 4) Se condene a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar, a favor de la demandante, con el real salario que devengaba la trabajadora, las sumas de dinero correspondientes a la prima de servicios, causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de junio de 2016, valores adeudados por la demandada.
- 5) Se condene a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar, a favor de la demandante, con el real salario que devengaba la trabajadora las sumas de dinero correspondientes a las vacaciones, causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de junio de 2016, valores adeudados por la demandada.
- 6) Se condene a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar, a favor de la demandante, con el real salario que devengaba la trabajadora, las sumas de dinero correspondientes a las horas extras diurnas y festivas, causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de junio de 2016, valores adeudados por la demandada.
- 7) Se condene a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar, a favor de la demandante, con destino a COLPENSIONES y/o AFP correspondiente, con el real salario que devengaba la trabajadora los aportes al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de junio de 2016, valores adeudados por la demandada.
- 8) Se condene a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar, a favor de la demandante, con el real salario que devengaba la trabajadora, los correspondientes aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es,

desde el 02 de febrero de 2008 y hasta el 04 de junio de 2016, valores adeudados por la demandada.

- 9) Condenar a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA, a liquidar y pagar a favor de la demandante, la indemnización legal a que tiene derecho por despido sin justa causa, debidamente indexada.
- 10) Condenar a la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA a liquidar y pagar a favor de la demandante, la indemnización moratoria calculadas sobre los salarios insolutos y prestaciones sociales adeudadas originadas en los conceptos que aquí se demandan, desde la fecha de causación de cada uno de ellos y hasta cuando la sociedad demandada demuestre haberlos cancelado.
- 11) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de agosto de 2022 dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR, la existencia de los siguientes contratos de trabajo suscritos entre la señora **SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ PULIDO** y la **SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA**:

1. Del 01 de marzo al 30 de abril de 2012,
2. Del 01 de mayo y el 30 de junio de 2013;
3. Del 31 de diciembre de 2015 hasta el 3 de junio de 2016.

SEGUNDO: ABSOLVER, a la sociedad demandada **MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA**, de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra por parte de la **SEÑORA SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ PULIDO** conforme a las consideraciones dadas a lo largo de esta sentencia dadas en antelación.

TERCERO: DECLARAR, probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada y de manera parcial se declara probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** conforme se consideró en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte actora por resultar vencida en juicio. Tásense por Secretaría una vez ejecutoriada la presente providencia. Inclúyanse la suma de \$500.000 por concepto de agencias en derecho, y al valor de la sanción de que trata el artículo 274 del CGP, equivalente a 10 SMLMV, que fue impuesta a cargo de la parte actora mediante auto del 24 de marzo de 2022.

QUINTO: Si no fuere apelada la presente sentencia, **CONSULTESE** con el SUPERIOR, por resultar adversa a los intereses de la demandante.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia le fue totalmente adversa a los intereses de la parte demandante, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí de conformidad con la prueba recaudada dentro del proceso ha lugar o no declarar la existencia de una relación laboral, vigente desde el 2 de febrero de 2008 hasta el 4 de junio de 2016. **2.** En caso afirmativo, si es procedente la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones con el salario real devengado, así como el reconocimiento y pago de las horas extras y festivos. **3.** Sí ha lugar a ordenar el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión. **4.** Así mismo, si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa. **5.** Indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

El Juzgado de primer grado declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre la señora **SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ PULIDO** y la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA, en los siguientes términos:

1. Del 01 de marzo al 30 de abril de 2012,
2. Del 01 de mayo y el 30 de junio de 2013;
3. Del 31 de diciembre de 2015 hasta el 3 de junio de 2016.

Así pues, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre la señora SANDRA PATRICIA GONZÁLEZ PULIDO y la SOCIEDAD MANUFACTURAS MONTPELLIER LTDA existió una verdadera relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales.

Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

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

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

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

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

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución. Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, presunción legal susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Así las cosas, descendiendo al caso bajo estudio, reposa en primer lugar a folio 20 del Archivo 03 “demanda” del expediente digital, copia de la certificación laboral presuntamente expedida por el representante legal de la demandada a favor de la aquí demandante, documento del que se concluye que, desempeñando el cargo de OPERARIA DE PLANTA, la señora SANDRA PATRICIA GONZALEZ PULIDO prestó sus servicios para la empresa demandada desde el 02 de febrero de 2008 devengando un salario mensual de \$1.300.000.

No obstante, ha de advertirse que, desde la contestación, la sociedad demandada se opuso a la validez de la anterior prueba documental, aseverando que la información allí contenida es falsa y que la firma impuesta en la certificación no es la utilizada por el representante legal de la empresa.

Así, el primer grado adelantó el correspondiente trámite de tacha de falsedad del documento, concluyendo, conforme el informe pericial No. DRBOGGDF 00001014 del 4 de diciembre de 2021 emitido por el Instituto de Medicina Legal y ciencias forenses (Archivo 31 del expediente digital), lo siguiente:

*“De acuerdo al material allegado para estudio se determina qué, la toma de muestras caligráficas y firmas en forma de material extra proceso de Jesús Alfonso Cardona Londoño folios del 91 al 103, del 122 al 126, del 127 al 133, **indubitadas NO presenta UNIPROCEDENCIA con la firma que se encuentra respaldando los escritos impresos que dicen Jesús Alfonso Cardona Londoño 79132745 representante legal” y la impresión del sello que menciona manufacturas Montpellier NIT. 830141983-0 visible la zona inferior izquierda de la certificación laboral con fecha Bogotá Distrito Capital 15 de febrero de 2016 realizada en la hoja de papel Bond blanco tamaño carta con el logotipo de la empresa manufacturas Montpellier Ltda. confeccionada con tinta de color negro (...)**”*

Así pues, teniendo en cuenta el resultado arrojado por el Instituto de Medicina legal y ciencias forenses del estudio grafológico de la certificación laboral aportada por la parte actora pretende hacer valer como prueba, no merece ningún valor

demostrativo como quiera que, conforme lo anteriormente dicho, su contenido fue desvirtuado.

Así, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de la demandante, con el fin de desatar las pretensiones incoadas por la parte actora, le corresponde a esta Sala de decisión estudiar los demás medios de prueba que aportaron las partes, así:

Obra reporte de historia laboral expedido por AFP PROTECCION PENSIONES Y CESANTÍAS, con la que se acredita que el empleador demandado le efectuó cotizaciones al sistema de pensiones, por lo menos desde el clico julio de 2003 hasta junio de 2016 (flas. 21 y 22 del Archivo 03 Demanda del expediente digital).

Igualmente, a folio 11 del Archivo 12 del expediente digital reposa liquidación del contrato de trabajo de la demandante del contrato de trabajo vigente del 1 de febrero de 2012 al 30 de abril de 2012, en la que le reconoció la suma de \$407.123.

Pese a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la demandada confesó en la contestación de la demanda, que si bien con la trabajadora se pactaron varios contratos laborales de manera verbal, lo cierto es que estos tuvieron lugar en distintas épocas, esto es, un primer contrato entre los meses de marzo a abril del año 2012, el segundo entre mayo a junio de 2013 y el tercero y último entre diciembre de 2015 hasta el mes de junio de 2016, periodos en los cuales se justificaba la contratación de la trabajadora debido a los incrementos en la producción agregando que para tales vinculaciones la actora fue afiliada a los sistemas de Seguridad Social en pensiones y a los riesgos laborales.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte del representante legal de la parte demandada, quien reafirmó la aceptación del vínculo laboral para las fechas indicadas en los años 2012, 2013 y 2016.

Se recibió el interrogatorio de parte a la demandante, quien, pese a que en el escrito demanda pretende uno solo, entre el 2 de febrero de 2008 hasta el 4 de junio de 2016, refirió haber suscrito varios contratos de trabajo con la empresa, situación que es abiertamente contradictoria y aún más si se tiene en cuenta que la deponente afirmó que era cierto que para el año 2009 su vinculación laboral lo fue con el empleador CACIENT REFLECTIVA S.A.S manifestación que resulta concordante con la posición de la parte demandada expuesta en el escrito de contestación.

Por otro lado, se recibió el testimonio de los señores FERNANDO CALDERON y NELLY FORERO, quienes manifestaron que conocen a la demandante desde el año 2010, por lo que ninguno de ellos puede dar fe del extremo inicial de la relación laboral que aduce la demandante.

Conforme las pruebas recaudadas, y la confesión realizada por la demandada, tal y como lo declaró el juzgado de primera instancia, se acredita efectivamente la existencia de 3 contratos de trabajo.

RELIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES CON EL SALARIO REALMENTE DEVENGADO EN VIGENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Solicita la parte demandante se reliquide, con el salario realmente devengado, las acreencias laborales que le fueron canceladas, para lo cual en primer lugar hemos de remitirnos al reporte de historia laboral de la AFP PROTECCIÓN, documento en el que se evidencia un índice base de cotización del valor del aporte mensual a cargo del empleador en sumas equivalentes al salario mínimo legal mensual para cada periodo en los que se determinó la existencia del contrato de trabajo.

Se advierte que, si bien lo reflejado en la historia laboral por sí sola no conlleva la determinación del salario realmente percibido por el trabajador, lo cierto es que si hace parte del acervo probatorio del que se vale la Sala para arribar a una valoración sobre el ingreso devengado por la trabajadora, más cuando la parte actora no allega ninguna otra prueba que acredite una suma diferente a la consignada en el reporte de historia laboral, que en todo caso, corresponde al salario mínimo legal mensual vigente por lo cual, trayendo a colación el artículo 127 del CST y los elementos que integran el salario, se concluye que aún en el caso que la demandante haya devengado un salario superior al salario mínimo legal mensual vigente, ello no fue acreditado dentro del plenario.

Adicionalmente no se pueden pasar por alto las diferentes contradicciones en que se incurrió en la demanda, toda vez que en el hecho 11 se expresó que, para el año 2015, de manera arbitraria el ingreso le fue reducido de \$1.300.000 a \$1.050.000, por lo que no se entiende cual fue el salario que reclama y fue realmente percibido por la demandante, pues al contrastarlo con el hecho 2 de la demanda afirma que, como operaria tejedora, percibía como asignación la suma de \$1.200.000, cuando en el interrogatorio de parte, la demandante refirió que nunca recibió como salario

una suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, sin que en el trámite procesal lograra acreditar que devengaba una suma superior al salario mínimo de cada anualidad.

Por otro lado, si bien los testigos declararon que la demandante percibía un salario de \$1.300.000, al interrogárseles sobre las razones por las cuales les constaba dicha información, simplemente manifestaron que era porque la señora Sandra González se los había dicho; en consecuencia, no subsisten razones para concluir que el salario era diferente al mínimo legalmente mensual vigente para cada período.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Por razones de método, primero se procede a resolver lo atinente a la excepción de prescripción en primera instancia declarada parcialmente probada, por lo que ha de expresarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, ella opera por una sola vez y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente, con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden de ideas, acorde con el acta de reparto visible en el archivo 04 del expediente digital, y demás pruebas obrantes dentro del plenario, la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda el 15 de septiembre del año 2017, razón por la cual, los derechos laborales causados con anterioridad al 15 de septiembre de 2014 se encuentran afectados por el término prescriptivo, confirmando de esta manera la declaratoria parcial de la excepción de prescripción.

Por ello, con fundamento en lo expresado en el anterior párrafo, por encontrarse afectadas por el fenómeno de la prescripción, la Sala se releva del estudio del pago de la reliquidación de las presuntas acreencias generadas en los dos primeros contratos de trabajo declarados -1 de marzo de 2012 al 30 de abril de 2012 y del 01 de mayo de 2013 al 30 de junio de 2013-.

De la última relación laboral, esto es, la comprendida del 31 de diciembre de 2015 al 3 de junio de 2016, visible folio 11 del Archivo 12 del expediente digital, se observa en la plenaria liquidación final de prestaciones sociales, respecto de la cual la demandante aceptó haber recibido su valor en suma de \$9.098.717.

Teniendo en cuenta lo expresado, aclarado que la demandante percibió un salario mínimo legal mensual vigente, el cual para el año 2016 corresponde la suma de \$689.455, se procedió a realizar los respectivos cálculos, cotejándolo con la liquidación efectuada a la demandante, aplicando la excepción de prescripción, se acredita que la demandante no tiene derecho a pagarle un mayor valor, y que las sumas canceladas se ajustan a derecho, razón por la cual se confirma su absolución.

HORAS EXTRAS, DIRUNAS, NOCTURNAS Y FESTIVOS:

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la totalidad de las horas extras, causados durante la vigencia de la relación laboral, sin que especificara los días y horas en las cuales se prestó el servicio, bajo la consideración existió confesión al respecto.

Para resolver lo planteado, debe indicarse que frente a la remuneración del trabajo suplementario reclamado, jurisprudencialmente se ha establecido, que para que proceda su declaración judicial, deben concurrir por lo menos los siguientes elementos: i) encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada laboral pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con *exactitud* en la *fecha* de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas, iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador, y en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no a cualquier otro tipo de actividades.

En ese sentido, advierte la Sala que es el demandante quien tiene la obligación de demostrar las horas extras laboradas y no pagadas a efectos de que sean reconocidas y pagadas.

En el sublite, no obstante operar la presunción de certeza acerca de haber laborado para el demandado, se echa de menos el medio de prueba que acredite cuáles fueron los precisos días en que la demandante presto sus servicios al demandado y es que precisamente en sentencia con radicación No 41715 del 11 de mayo de 2016 se dijo: *«Acercas de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que **cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio.** Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.»*

Tiene establecido la jurisprudencia que para que se produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, además de estar probado el trabajo más allá de la jornada ordinaria, el caudal probatorio tiene que ser de una definitiva claridad y precisión de manera que no quede duda al juzgador acerca de su ocurrencia y no se requiera de cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las horas trabajadas (Sentencia del 9 de agosto de 2006, Rad. 27.064), pues no podrá deprecar condena sobre meras suposiciones.

Así las cosas, no se logra establecer con exactitud y de manera precisa, que permita realizar un cálculo exacto sobre el número de horas extras laborados por la demandante al servicio de la demandada, esto es, adicionales a la jornada laboral pactada por las partes, requisito indispensable para proferir condena por este concepto, motivo por el cual, se **CONFIRMARÁ** su absolución.

TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:

Es el trabajador quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Solicita la parte demandante el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que a partir del 4 de junio de 2016 no regresó más a laborar a la empresa, que debido al exceso de trabajo acudió al médico agregando que se encontraba como beneficiario en salud de su esposo ante la falta de afiliación del empleador y le dieron una incapacidad de 2 días por espasmo muscular por estrés y que ella llamó y le contestó la señora Eulalia González quien le requirió la incapacidad por WhatsApp, que el señor Alfonso le había mandado a decir que se fuera a descansar 15 días y que ella desde ahí no volvió, que ella le dijo que consiguiera trabajo porque a él no le gustaba que la gente se incapacitara; sumado a lo anterior en el hecho 18 se afirma que, por un espasmo muscular, como consecuencia de estrés, la actora fue incapacitada por 2 días y que, a su regreso, el empleador le informó que así no le servía, que debía estar disponible sin enfermarse nunca por lo que solo trabajaría hasta el 4 de junio dando así por terminado el contrato ese día, hecho que no fue aceptado por el extremo demandado.

Por su parte, el representante legal de la demandada al absolver al interrogatorio de parte declaró que para esa época hubo varios puentes festivos, que la trabajadora hacía lo que quería, que incluso 2 o 3 veces hizo lo mismo, que se iba de puente y que buscaba una constancia médica para irse y que por eso fue que él le dijo que no trabajara más.

Teniendo en cuenta lo anterior, de los supuestos fácticos antes narrados no se logra determinar con claridad las circunstancias que rodearon la terminación del último vínculo laboral vigente entre las partes, toda vez que si bien el empleador aceptó no estar conforme con el comportamiento de la trabajadora, al ausentarse en múltiples ocasiones a su puesto de trabajo, lo cierto es que la misma demandante es quien acepta que, luego de haber terminado la incapacidad médica no regresó más a laborar sin que a su vez se logre probar que la señora Eulalia González fue quien le manifestó que no regresará más y que en todo caso aún en el evento de ser así, de todas maneras no fue el representante legal quien le comunicó esta decisión; lo anterior tampoco pudo ser corroborado por los testigos, toda vez que en ambos casos, ninguno de ellos tuvieron la oportunidad de estar presentes para el momento en que feneció el vínculo laboral esto es para el mes de junio de 2016 y por lo tanto, es claro que no le consta los pormenores de la desvinculación.

En consecuencia, la trabajadora era quien tenía la carga de probar su despido, situación que no ocurrió en el presente caso, pues contrario a ello, se reitera, fue ella quien aceptó que no regresó más a la empresa a trabajar.

No obstante, en el caso que la trabajadora tuviera serias razones para dar por terminado el contrato de trabajo, por causas imputables al empleador, dado el endilgado incumplimiento sistemático de las obligaciones del empleador, debió acreditar que esa fue la razón por la cual se dio por terminado el vínculo laboral, y que dejó constancia de ello en su carta de finalización del vínculo, hecho que tampoco sucedió, debiendo resaltarse que los argumentos de la demanda no coinciden con lo manifestado por la actora en su interrogatorio de parte, por lo que no es procedente imponer condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:

Sobre los aportes al sistema de Seguridad Social en salud en el presente caso no sé logra probar que la demandante no fue afiliada a dicho subsistema por parte del empleador aquí demandado tal cómo se certifica por la EPS SURA, folio 24 del archivo 03 del expediente digital, documento respecto del cual la convocada no se opuso a su prosperidad, allí aparece la señora Sandra González como segundo cotizante respecto de su compañero permanente sin que nada se diga que lo es como cotizante respecto de la vinculación laboral con manufacturas Montpellier limitada y es por lo que en principio tendría derecho al pago de los haberes correspondientes, si no fuera porque según el criterio reiterado de nuestra sala de casación laboral frente a la falta de afiliación al sistema de salud, trayendo a colación la sentencia SL 1210 de 2022, lo que eventualmente procedería es el reconocimiento por parte del empleador de los perjuicios y gastos que acredite haber sufrido o incurrido por dicha omisión, circunstancia que en el presente caso no se acreditó, por lo que entonces no ha lugar a imponer condena por tales conceptos.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 CST:

El artículo 65 del CST dispone que sí *a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

En el presente caso no hay fundamento jurídico que permita su procedencia, como quiera que no hay prestaciones sociales o salarios que se encuentren insolutos a favor de la trabajadora, aunado al hecho que de conformidad con el archivo visible a folio 10 del Archivo 012 “contestación de la demanda” del expediente digital, la liquidación de prestaciones sociales, se le canceló al término de la relación laboral, por lo que tampoco es procedente su condena.

Por las anteriores consideraciones se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia consultada.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022 por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

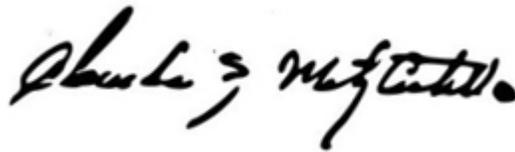
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Link expediente digital: [11001310502820170064701](https://www.gub.uy/1001310502820170064701)



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

MAGISTRADO: DR.

RADICACIÓN: 110013105028201764701

DEMANDANTE: SANDRA GONZALEZ

DEMANDADO: MANUFACTURAS MONTPELIER LTDA

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales según instrucciones del despacho.

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	1-Dec	2015
	Hasta:	3-Jun	2016
Último Salario Devengado		\$	689,455.00

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux. Transp.
2015	\$ 689,455.00	\$ 77,700.0
2016	\$ 689,454.00	\$ 77,700.0

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015				
Periodo de liquidación	Desde	12/1/2015	Hasta	12/31/2015
	Salario fijo mensual:		\$	689,455.00
	Auxilio transporte:		\$	77,700.00
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	25,571.83
	Días trabajados:			
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 63,929.58
		360		
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 639.30
		360		
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 63,929.58
		360		
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 28,727.29
		720		
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016				
Periodo de liquidación	Desde	1/1/2016	Hasta	6/3/2016
	Salario fijo mensual:		\$	689,454.00
	Auxilio transporte:		\$	77,700.00
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	25,571.80
	Días trabajados:			
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 323,909.47
		360		
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 16,411.41
		360		
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 323,909.47
		360		
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 145,551.40
		720		

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2,015	\$ 63,929.58	\$ 639.30	\$ 63,929.58	\$ 28,727.29
2,016	\$ 323,909.47	\$ 16,411.41	\$ 323,909.47	\$ 145,551.40
Totales	\$ 387,839	\$ 17,051	\$ 387,839	\$ 174,279

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 387,839.05
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 17,050.71
Prima de Servicios	\$ 387,839.05
Vacaciones	\$ 174,278.69
Total Liquidación	\$ 967,007.50

Fuente	
---------------	--



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Observaciones	1. 2. <i>La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho</i>
----------------------	---

Fecha liquidación: Wednesday, February 28, 2024



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

MAGISTRADO: DR.

RADICACIÓN: 110013105028201764701

DEMANDANTE: SANDRA GONZALEZ

DEMANDADO: MANUFACTURAS MONTPELIER LTDA

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales según instrucciones del despacho.

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	1-Dec	2015
	Hasta:	3-Jun	2016
Último Salario Devengado		\$	689,455.00

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux. Transp.
2015	\$ 644,350.00	\$ 74,000.0
2016	\$ 689,454.00	\$ 77,700.0

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015				
Periodo de liquidación		Desde	Hasta	
		12/1/2015	12/31/2015	
		Salario fijo mensual:	\$ 644,350.00	
		Auxilio transporte:	\$ 74,000.00	
		Factor Variable	\$ -	
		Salario diario:	\$ 23,945.00	
		Días trabajados:	30	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 59,862.50
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 598.63
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 59,862.50
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 26,847.92
	720			
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016				
Periodo de liquidación		Desde	Hasta	
		1/1/2016	6/3/2016	
		Salario fijo mensual:	\$ 689,454.00	
		Auxilio transporte:	\$ 77,700.00	
		Factor Variable	\$ -	
		Salario diario:	\$ 25,571.80	
		Días trabajados:	152	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 323,909.47
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 16,411.41
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 323,909.47
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 145,551.40
	720			

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2,015	\$ 59,862.50	\$ 598.63	\$ 59,862.50	\$ 26,847.92
2,016	\$ 323,909.47	\$ 16,411.41	\$ 323,909.47	\$ 145,551.40
Totales	\$ 383,772	\$ 17,010	\$ 383,772	\$ 172,399

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 383,771.97
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 17,010.04
Prima de Servicios	\$ 383,771.97
Vacaciones	\$ 172,399.32
Total Liquidación	\$ 956,953.29

Fuente	
---------------	--



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Observaciones	1. 2. <i>La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho</i>
----------------------	---

Fecha liquidación: Wednesday, February 28, 2024

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández
Demandada: Centro Italiano Di Bogotá
Radicado: 110013105031-2021-00371-01



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., febrero veintisiete (27) de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO LIS HERNÁNDEZ
DEMANDADOS: CENTRO ITALIANO DI BOGOTA
RADICADO: 110013105031-2021-00371-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por **CENTRO ITALIANO DI BOGOTA** en contra de la sentencia proferida el día 12 de septiembre de 2022, por el **JUZGADO TREINTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, providencia que declaró: i) la existencia de un contrato de trabajo celebrado a término indefinido entre Cesar Augusto Liz Hernández en calidad de trabajador y el Centro Italiano DI Bogotá, en calidad de empleador, por el período comprendido entre el 01 de septiembre de 2013 al 14 de abril de 2018; ii) condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$22.022.472 pesos por concepto de cesantías, \$173.184 pesos por concepto de intereses a las cesantías, \$2.546.816 pesos por concepto de prima de servicios, \$3.645.443 pesos por concepto de vacaciones y medio salario mínimo legal mensual vigente por concepto de costas y agencias en derecho.

II. ANTECEDENTES.

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

DEMANDA

Mediante escrito radicado el día 3 de agosto de 2021, cuyo conocimiento correspondió al **Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., CESAR AUGUSTO LIS HERNANDEZ**, demandó a **CENTRO ITALIANO DI BOGOTA¹**, solicitando, con vigencia del periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2013 al 31 de julio de 2018, se declare la existencia entre las partes del contrato realidad laboral, que el demandado sea condenado al pago de las prestaciones sociales cesantías, intereses a las cesantías, prima, y vacaciones, y seguridad social, durante la relación laboral, desde el 1 de septiembre de 2013 al 31 de julio de 2018, en la suma de \$25.018.064; así como costas procesales y agencias en derecho.

CESAR AUGUSTO LIS HERNANDEZ manifestó que se vinculó para la demandada mediante un contrato de trabajo celebrado a término indefinido, que se mantuvo vigente desde el 10 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2013; que, posteriormente, cumpliendo las mismas funciones y condiciones que venía realizando con anterioridad, suscribió contrato de prestación de servicios desde el 1 de septiembre de 2013.

Expresó que sus funciones eran las de prestar servicios profesionales y de asesoría integral en el manejo de la gestión de alimentos y bebidas; labor que prestaba de manera personal, bajo continuada subordinación y dependencia, cumpliendo órdenes de tiempo, modo y lugar emanadas del presidente de la demandada.

Manifestó que, por instrucción directa del presidente de la institución, cumplía horario laboral de martes a domingo, de 9:00 am a 6:00 pm, percibiendo, como remuneración por su labor al comienzo de la ejecución del contrato, la suma de \$4.494.382; que adicionalmente, a título de rodamiento, en razón de los desplazamientos en lo que debía incurrir para brindar la asesoría que prestaba recibía un pago mensual de \$500.000, suma que durante toda la relación laboral aumentaba anualmente según la variación del IPC; que, para realizar el cobro mensual, debía presentar cuenta de cobro, sumado a la presentación de aportes a salud y ARL y

¹ Archivo 001° del expediente digital

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

resaltó que, por decisión del demandado, fue retirado de su cargo el día 31 de julio de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

CENTRO ITALIANO DI BOGOTA³, oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción”*.

Argumentó que, en tanto que el demandante, en vigencia, ni a la terminación de su vinculación como independiente, reclamó el reconocimiento y pago de los derechos cuyo reconocimiento reclama, las pretensiones fueron formuladas sobre supuestos no ciertos; reitera, que el actor siempre actuó como independiente, prestando su asesoramiento a la entidad contratante en la optimización del manejo del recurso humano dedicado al manejo de alimentos y bebidas, sin haber manifestado nunca nada respecto a que tuviera derecho al reconocimiento de prestaciones sociales derivadas de un contrato de trabajo.

Adujo que, mientras se desempeñó como trabajador, el demandante fue objeto de especial tratamiento, habiendo sido beneficiario de préstamos hechos por el empleador, entre otros, para la compra personal de teléfono celular, reparaciones locativas en su hogar, que nunca fue objeto de discriminación o trato inadecuado por parte de su empleador o sus representantes y, adicionalmente, que se le dispensaba la alimentación y su salario se incrementaba anualmente.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Considerando que, entre las partes existió una verdadera relación laboral, declaró la existencia entre las partes del contrato de trabajo y que se le adeudan las prestaciones sociales peticionadas, el **Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá**, mediante sentencia calendada septiembre 12 de 2022, resolvió:

² El Juzgado de conocimiento por auto del 02 de noviembre de 2021, admitió el escrito de defensa presentado por **CENTRO ITALIANO DI BOGOTA** (Archivo 007 del expediente digital).

³ Contestación obrante en la 7ª carpeta.

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

*“**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Cesar Augusto Liz Hernández en calidad de trabajador y el Centro Italiano DI Bogotá, en calidad de empleador, por el período comprendido entre el 01 de septiembre de 2013 al 14 de abril de 2018.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$22.022.472 pesos por concepto de cesantías, \$173.184 pesos por concepto de intereses a las cesantías, \$2.546.816 pesos por concepto de prima de servicios, \$3.645.443 pesos por concepto de vacaciones y medio salario mínimo legal mensual vigente por concepto de costas y agencias en derecho.*

***TERCERO: ABSOLVER** a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas por el demandante”*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, con fundamento en los argumentos que en enseguida se relatan, la **parte demandada** apeló la sentencia de primera instancia:

- 1. SUBORDINACIÓN:** Solicita se revoque la sentencia en primera instancia proferida, por cuanto los testigos no aportaron ningún elemento de prueba tendiente a demostrar que el demandante realmente estaba subordinado; que no es procedente aplicar la presunción de que tratan los artículos 22 y 23 del CST, toda vez que no se cumplió la carga de la prueba a cargo de la parte demandante
- 2. BUENA FE:** Argumenta que no puede sostenerse que hubo mala fe, ya que nunca se discutió la condición de prestación del servicio del actor, que desde el comienzo manifestó que por su experiencia, contrató al demandante como un asesor.
- 3. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Solicita se estudie más juiciosamente la excepción de prescripción, pues, en su criterio, no ha sido analizada en debida forma.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

Dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

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

I. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo el análisis que corresponde hacer conforme lo preceptuado en el artículo 66 A del CPT y de la SS, limitándolo a las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Definir si, en el presente asunto se acreditó la subordinación alegada por la parte demandante.
- Teniendo en cuenta que la demandada alega buena fe en su actuar Adicionalmente definir, si es procedente la condena por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST.
- Finalmente, como quiera que, en consideración de la demandada, la excepción de prescripción no fue aplicada en debida por forma por el *a quo*, estudiar si para la definición de su configuración debe aplicarse el término trienal.
-

2.- RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1.- SOBRE LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD:

El artículo 53 Constitución Política consagra el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; bajo ese contexto es claro que la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” de la persona que presta sus

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

servicios como trabajador y no de la “presentación formal” del acto celebrado entre las partes.

Según el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración “.*

Así pues, para que sea viable declarar probados los hechos fundamento de pretensiones de esta naturaleza, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que para la configuración del contrato de trabajo dispone la existencia de tres elementos, a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. Dentro de este orden de ideas, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica, directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de stirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que, estando en presencia de sus elementos constitutivos no se trata en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

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

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

Descendiendo al *sublite*, la demandante alega que prestó sus servicios para el CENTRO ITALIANO DI BOGOTA, bajo una relación laboral desde el 01 de septiembre de 2013 hasta el 31 de julio de 2018. Por ello, con el fin de verificar si, conforme lo concluyera el juzgador de primer grado, entre las partes existió una relación laboral en los términos expuestos en la demanda, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario.

A folio 13 del Archivo XXX del expediente digital, reposa documento suscrito por el Señor FERNANDO ACOSTA – Gerente de la demandada, quien certificó que trabajó con el demandante, quien en el periodo comprendido 2010 a 2018 fungió de Gerente de A&B del Centro Italiano Di Bogotá, documento que en su contenido no fue tachado ni desconocido por las partes.

Los testigos FERNANDO ACOSTA y NEMESIO ORLANDO RODRIGUEZ GOMEZ, fueron coincidentes en afirmar que el demandante fungió como Gerente de alimentos y bebidas en el Centro Di Italiano, que debía cumplir un horario, que él dejó de prestar sus servicios por cuanto le informaron que la demandada ya no suscribiría más contratos de prestación de servicios.

Atendiendo a que, en tanto, expresaron las circunstancias fácticas que conocían y les constaba respecto del objeto de litigio, contrario a lo afirmado por la recurrente, en consideración de la Sala, los testigos traídos al presente asunto, se caracterizaron por ser coherentes y claros, sin que en sus dichos evidencien contradicción o parcialidad, por lo que gozan de credibilidad, máxime si se tiene en cuenta que fueron personas que ayudaron a prestar el mismo servicio del demandante, siendo relevante señalar que manifestaron de manera contundente que el actor debía dedicarse a todo lo relacionado con el servicio alimentos y bebidas de la demandada, por lo que queda totalmente probada la prestación personal del servicio y se acredita la prestación del servicio en favor de la demandada por parte del señor CESAR AUGUSTO LIS HERNANDEZ, activando en su favor la presunción establecida en el Art. 24 del CST, lo que nos lleva a presumir que el

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

demandante prestó sus servicios personales subordinados a la demandada desde el 01 de septiembre de 2013 hasta el 14 de abril de 2018.

En ese sentido, con el fin de desvirtuar que esos servicios personales no se ejecutaron bajo un contrato de trabajo sino conforme a las estipulaciones del contrato comercial de prestación de servicios suscrito entre las partes, esto es que, tal y como se afirma en el recurso de apelación la labor fue autónoma e independiente, se invierte la carga de la prueba imponiéndola a la parte demandada.

En el *examine*, la demandada no desvirtuó la presunción legal del contrato de trabajo contenida en el artículo 24 del CST, por el contrario, se acreditó que en el transcurso de la relación las condiciones fueron desarrolladas bajo actos constitutivos de subordinación al impartírsele órdenes a LIS HERNANDEZ, imponiéndole un horario de trabajo, conforme las comunicaciones emitidas por la demandada.

Concluyéndose que se encuentra plenamente establecido que el demandante se encontraba sujeto a las directrices y vigilancia de sus supervisores, sin que pueda acreditarse autonomía o independencia en sus funciones, y la subordinación a la que le sometía la parte demandante, con fundamento en lo expuesto se despacha desfavorablemente la súplica del apelante, **confirmando** de ésta manera la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos laborales desde el 01 de septiembre de 2013 hasta el 14 de abril de 2018, extremos respecto de los que no se presentó inconformidad alguna.

2.2 SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

Por razones de método, primeramente, se procede a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, declarada no probada en primera instancia, valoración que mereció reparo de la demandada.

Así pues, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En el caso bajo estudio, la relación laboral se dio por terminada el **14 de abril de 2018** y conforme acta de reparto archivo 002 del expediente digital, la demanda fue radicada el **3 de agosto de 2021**, por lo que en principio se encontraría afectado por el término prescriptivo, ya que el término vencería el 14 de abril de 2021; no obstante hay que considerar que el artículo 1º del Decreto 564 de 2020, expedido con ocasión a la Pandemia del Covid – 19, decretó la suspensión de los términos de prescripción y caducidad desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio de 2020.

Conforme lo expuesto se tiene que, al sumar , con posterioridad al 14 de abril de 2018, fecha de terminación de la relación laboral, 104 días de suspensión la parte demandante para suspender la prescripción tenía para radicar la demanda hasta el 1 de agosto de 2021 y como lo fue el 3 de agosto de 2021, superando de ésta manera el término trienal que consagra los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S, no queda otro camino que **REVOCAR PARCIALMENTE** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de todas aquellas prestaciones sociales causadas con anterioridad al 1 de agosto de 2018.

Como consecuencia de lo anterior, **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el NUMERAL SEGUNDO, en el sentido de **ABSOLVER** al CENTRO ITALIANO DI BOGOTÁ de los intereses a las cesantías y prima de servicios, por encontrarse afectados por el fenómeno de prescripción.

En relación con el auxilio de cesantías, por no estar sujeto a la excepción de prescripción, se confirma su condena, y en relación a las vacaciones, al

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

causarse por cada año de servicio prestado, por lo cual se debe contabilizar un término de cuatro años, se confirma su imposición.

2.3 SOBRE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 CST:

El Juzgado de primera instancia concluyó que, el CENTRO ITALIANO DI BOGOTA, había actuado de buena fe, como quiera que el mismo demandante confesó que, desde el momento en que suscribió el contrato de prestación de servicios, sabía que, dentro de su pago, se incluían las prestaciones sociales, pues en sus propias palabras, era como un “salario integral”, y si bien, afirmó que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, consideró que la demandada había actuada de buena fe.

Empero, ha de señalar que, como quiera que, no se condenó en primera instancia por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, se despacha el argumento expuesto por el apelante, aunado al hecho de que se declaró probada la excepción de prescripción con anterioridad al 1 de agosto de 2021.

3.- CONCLUSIONES.

Esta Sala revocará parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida el día 12 de septiembre de 2022 por el **JUZGADO TREINTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, revocando la condena impuesta por concepto de intereses a las cesantías y prima de servicios, dejando incólume la condena por concepto de auxilio de cesantías por no estar afectado por el término trienal, así como la compensación en vacaciones.

4.- COSTAS.

Sin condena en costa en esta instancia.

I. DECISIÓN

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – REVOCAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de todas aquellas prestaciones causadas con anterioridad al 1 de agosto de 2018. En consecuencia, por encontrarse afectados por el fenómeno de prescripción, **ABSOLVER** al CENTRO ITALIANO DI BOGOTÁ de los intereses a las cesantías y prima de servicios.

SEGUNDO. – CONFIRMAR los demás aspectos de la sentencia.

TERCERO. – Sin condena en costa en esta instancia.

CUARTO. – En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al **JUZGADO TREINTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Demandante: Cesar Augusto Lis Hernández

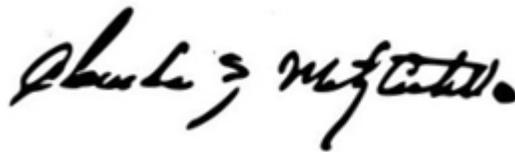
Demandada: Centro Italiano Di Bogotá

Radicado: 110013105031-2021-00371-01



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503120210037101](https://www.cjlr.gov.co/consulta/ver_expediente.asp?exp=11001310503120210037101)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – en adelante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICADO: 110013105034-2019-00054-02
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES** y a surtir en su favor el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el día 17 de marzo de 2023 por el **Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá**¹, providencia que declaró: i) la ineficacia del traslado pensional del régimen de prima media con prestación definida -en adelante RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad -en adelante RAIS- del que fue sujeto el actor, señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, en el año 1999; ii) condenó a

¹ Sentencia C-968 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”.

Por redistribución de procesos ordenada mediante acuerdos PCSJA20-11686 de diciembre 10 de 2020 y CSJBTA20-109 de diciembre 31 de 2020, se le asignó el conocimiento del sub lite al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho judicial que profirió la decisión de primera instancia.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

PROTECCIÓN S.A.², a devolver a **COLPENSIONES** los bonos pensionales, cuotas de administración, comisiones, primas del seguro previsional de invalidez y vejez, porcentaje de pensión mínima y las correspondientes cotizaciones junto sus rendimientos financieros causados por la afiliación del actor al RAIS, iii) condenó a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez pretendida por el actor, y, iv) condenó a **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, en costas procesales y agencias en derecho.

II. ANTECEDENTES.

DEMANDA³

Mediante escrito radicado el día 18 de enero de 2019, cuyo conocimiento correspondió primigeniamente al **Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**⁴, **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, demandó a **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**⁵, solicitando se declare la nulidad de su traslado del régimen pensional de RPMPD al RAIS, y, en consecuencia, se condene a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, rendimientos y saldos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, con miras a que la administradora colombiana de pensiones, reciba dichos dineros, active su afiliación y reconozca la pensión de vejez a la que tiene derecho; imponiéndoles además, condena en costas y agencias en derecho.

JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA, manifestó que nació el día 23 de junio de 1959 y que se afilió al RPMPD en el año de 1987 realizando el pago de sus aportes a dicho esquema pensional hasta el mes de septiembre de 1999, fecha en la que, por una indebida asesoría por parte del promotor pensional, se trasladó, al RAIS, por medio **PROTECCIÓN S.A.**, fondo pensional al que actualmente se encuentra afiliado.

² El actor se afilió primeramente a Colmena AIG persona jurídica sujeto de absorción en el año 2000 por parte del grupo Santander, entidad también absorbida por el grupo ING en el año de 2007, AFP sujeto de fusión con Protección S.A. en el año 2012.

³ Libelo introductorio admitido mediante auto calendarado julio 23 de 2019

⁴ Por redistribución de procesos ordenada mediante acuerdos PCSJA20-11686 de diciembre 10 de 2020 y CSJBTA20-109 de diciembre 31 de 2020, se le asignó el conocimiento del sub lite al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho judicial que profirió la decisión de primera instancia.

⁵ Archivo 1º del expediente digital

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

Expresó que, para el momento en el que efectuó el aludido cambio pensional, no fue debidamente asesorado sobre las consecuencias legales que ese traslado de régimen generaba, puesto que: i) no le informaron cuáles eran las prerrogativas y desventajas de ambos esquemas pensionales, ii) no se realizó una proyección del valor de su posible mesada y iii) tampoco se le precisó cuáles eran los requisitos que debía cumplir para pensionarse en uno u otro régimen.

Resaltó que, en octubre 16 de 2018, al percatarse del “*error al que fue inducido*” y con miras a que se dispusiera su retorno al régimen de prima media con prestación definida, solicitó a **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, se declarara la ineficacia de su traslado pensional, petición que le fue denegada por las administradoras de fondos pensionales demandadas⁶.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA⁷

COLPENSIONES⁸, oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de “*improcedencia de la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen; error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; innominada o genérica*”.

Argumentó que no existe dentro del plenario medio probatorio alguno que demuestre la ocurrencia del yerro –*vicio del consentimiento y/o protesto en el contrato de afiliación*- alegado por la parte demandante, señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, afiliado pensional que, por no ser beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicio y/o aporte cotizados al sistema pensional – *sentencia C 789 de 2002⁹*-, así como por no presentar la solicitud de traslado dentro el término previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 –*el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años*

⁶ Peticiones denegadas en octubre 23 y 30 de 2018

⁷ El Juzgado de conocimiento por auto del 30 de noviembre de 2019, admitió el escrito de defensa presentado por **COLPENSIONES** (carpeta 19).

⁸ Contestación obrante en la 9ª carpeta.

⁹ la Corte Constitucional declaró exequible el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, precepto jurídico modificado por la norma citada, bajo el entendido que las personas que, habiéndose trasladado al RAIS, provenientes del RPM, podían retornar a esta último en cualquier tiempo siempre que al 1° de abril de 1994 hayan completado 15 años de servicios cotizados.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez-, no es posible acceder a declarar la nulidad contractual por él pretendida.

PROTECCIÓN¹⁰, contestó extemporáneamente la demanda, motivo por se tuvo por no contestada¹¹.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Considerando que el actor, señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, no decidió libre y voluntariamente su traslado pensional del RPMPD al RAIS, aseveración que el a-quo realiza ante la ausencia de medio probatorio alguno que demuestre el cumplimiento del deber de información al potencial afiliado de los beneficios y desventajas del RAIS por parte de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, así como el cumplimiento de los requisitos necesarios para adquirir el derecho prestacional por vejez el **Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá**, mediante sentencia calendada marzo 17 de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán*

¹⁰ Carpeta 33.

¹¹ Mediante auto adiado 18 de marzo de 2021, el a-quo tuvo por no contestada la demanda, providencia confirmada por esta Corporación mediante proveído calendado septiembre 28 de 2021.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, una vez hecha la reactivación de la actora al Régimen de Prima Media con prestación definida, y se haya cumplido con el requisito de desafiliarse del sistema general de pensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, por 13 mesadas pensionales, con la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la citada ley, liquidado el IBL conforme el artículo 21 ibídem, estos es, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de cotizaciones o toda la vida laboral, tomando el más favorable, y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas por la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional causado, de manera indexada desde la fecha de desafiliación del sistema y hasta la fecha en que se haga el pago del mismo, si a ello hubiere lugar.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES,** y a favor del demandante, en la suma de \$1.160.000.

OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en la demanda.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

NOVENO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

DÉCIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES.**”

IV. RECURSOS DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión, alegando el cumplimiento por parte de **AFP PROTECCIÓN S.A.**, del deber de información de los beneficios y desventajas del RAIS al potencial afiliado del régimen privado, así como la desidia presentada por el demandante frente al régimen pensional que cubría su riesgo de vejez, el desconocimiento por parte del a-quo tanto de la prohibición legal prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2007 *-el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez-*, como del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y de la improcedencia del reconocimiento pensional otorgado en primera instancia, puesto que, el mismo se otorgó en desconocimiento a lo preceptuado por la Ley 797 de 2003, **COLPENSIONES**, apeló la sentencia proferida en marzo 17 de 2023.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad procesal para alegar, los sujetos procesales guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 69 del CPT y de la SS debe efectuarse en grado jurisdiccional de consulta y los

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

parámetros establecidos en el artículo 66 A ibidem, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado pensional del demandante, señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**?
- En caso afirmativo, establecer si la declaratoria de ineficacia y sus efectos, infringe la prohibición prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003?
- Determinar si el a-quo incurrió en error al ordenar a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago del derecho pensional pretendido por el actor, prestación condicionada a la desafiliación del trabajador al sistema general de la seguridad social en pensiones?
- En grado jurisdiccional de consulta, determinar si fue acertada la decisión de primera instancia de declarar infundada la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**?

2.- RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1.- SOBRE EL DEBER DE INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA EN AQUELLOS EVENTOS EN QUE SE SOLICITA LA “NULIDAD” DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sido pacíficas en señalar que no existen, ni se requieren palabras sacramentales para formalizar las peticiones que se elevan ante las autoridades judiciales, con miras a resolver las controversias que se presentan entre los particulares, de allí que los jueces no sólo tienen la facultad de interpretar las demandas, sino que, además, para dilucidar el verdadero sentido del libelo, están constreñidos a ese deber.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jairo Harry López Ochoa

Demandada: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105034-2019-00054-02

Esta facultad de interpretación, cobija todo el campo de las normas procesales, pues, como expresamente lo regula el artículo 11 del Código General del Proceso¹², el sentenciador debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos judiciales es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial toda vez que no siempre la demanda, que es la pieza fundamental del proceso, está revestida de claridad y precisión, por lo que, *“cuando adolece de cierta vaguedad en la relación de los hechos o en la forma como quedaron concebidas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la(s) pretensión(es) o pretensiones contenidas en el libelo, en procura de no sacrificar, puesto que no es aceptable en el campo de la hermenéutica de la demanda, que la torpe expresión de las ideas pueda ser motivo valedero para subestimar el derecho reclamado ‘cuando éste alcanza a percibirse en la intención y en la exposición de las ideas del demandante’”* (Casación G. J. T. XLVIII, pág. 483).

En el presente asunto, la demanda se encuentra soportada en el presunto incumplimiento de **AFP PROTECCIÓN S.A.** de su deber legal de brindarle al actor información suficiente, clara, completa, comprensible y oportuna sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, pues le brindó información insuficiente y engañosa respecto a la edad de pensión y el retiro de los aportes en la cuenta de ahorro individual y con ese fundamento solicitó la nulidad de tal vinculación.

No obstante, la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre ha sido reiterativa en señalar que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia¹³ o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado -artículos 271 y 272 Ley 100 de 1993-; de ahí que, es este, el tratamiento que debe darse al examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión al deber de información.

En ese sentido, la interpretación dada por el Juez de primera instancia a la demanda incoada por **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA** fue correcta, debido

¹² Aplicable al asunto por remisión normativa prevista en el artículo 145 del C.P.T.S.S.

¹³ Sentencia SL3871-2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. *“Así, para la Corte no hay duda que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia”*.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

a que la senda por la cual debe analizarse la validez del acto de traslado de régimen pensional es de la ineficacia y no bajo la institución de las nulidades sustanciales.

2.2.- SOBRE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 48 de la Carta Política, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciendo dos regímenes pensionales excluyentes pero coexistentes: el primero, denominado régimen de prima media con prestación definida -RPMPD, caracterizado, siempre que se cumpla con dos requisitos: edad y semanas de cotización por retornar una mesada pensional determinada y preestablecida y, el segundo, denominado régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, en el que valor de la mesada pensional depende del aporte acumulado realizado por el afiliado, más los rendimientos financieros del capital, siempre que, al tiempo del reconocimiento, tal suma garantice el pago de una pensión equivalente al ciento diez por ciento del salario mínimo mensual vigente.

Adicionalmente, como característica propia del sistema general de pensiones, el artículo 13 ibidem¹⁴ consagra que, tal y como lo establece el canon 271 ejusdem¹⁵, la afiliación, además de ser obligatoria, debe ser

¹⁴ ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...)" (Subrayado fuera del texto)

¹⁵ "ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jairo Harry López Ochoa

Demandada: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105034-2019-00054-02

voluntaria, prerrogativa que al ser transgredida y/o vulnerada priva de efectos jurídicos el traslado pensional.

De otra parte, es menester resaltar que el ordenamiento jurídico patrio, también autoriza el traslado de los afiliados de ambos regímenes, cada cinco años, siempre que faltaren más de diez años para adquirir la edad pensional¹⁶. Sobre el particular, la Corte Constitucional declaró exequible dicho mandato legal, bajo el entendido que las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que habiéndose trasladado al RAIS, no hayan regresado al RPMPD, podían volver a este último en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002, esto es, que al 1° de abril de 1994 hubiesen completado 15 años de servicios (criterio vertido en la sentencia C- 625 de 14 de agosto de 2007).

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentadas dos reglas para el traslado: la primera, que las personas ajenas al régimen de transición podían cambiarse cada cinco años, salvo que les faltare diez años o menos para alcanzar la edad de pensión y, la segunda, para aquellos afiliados con expectativas legítimas que al 1° de abril de 1994 tenían quince años de servicios o tiempos cotizados, beneficiarios del régimen de transición, quienes pueden trasladarse en cualquier tiempo (sentencia C-789 de 24 de septiembre 2002, reiterada en la sentencia SU-130 de 13 de marzo de 2013).

En este sentido, solo los beneficiarios del régimen de transición que para el 1° de abril de 1994 contaban con quince años o más de servicios o su equivalente en tiempo de cotización, pueden trasladarse en cualquier tiempo desde el sistema de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios".

¹⁶ Al respecto, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prescribe: "Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

No obstante, habida cuenta que la ineficacia se predica frente a la validez del acto jurídico¹⁷, debe aclararse que el anterior postulado tiene excepción cuando la elección del afiliado a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes no está precedida de una decisión libre y voluntaria, toda vez que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindarles asesoría amplia sobre sus consecuencias, conocimiento sobre sus efectos, que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión que se adopte al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

Bajo ese contexto, aunque **COLPENSIONES** sostiene que el traslado pensional del actor no resulta procedente por cuanto conforme a los parámetros del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, a la fecha de formulación de la acción, **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, no cumplía con la edad requerida para poder retornar al RPMPD, debe resaltar que, lo que aquí se debate, es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el día 27 de septiembre de 1999 por incumplimiento al deber de información, aspecto diametralmente distinto a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que, en este particular aspecto, no son de recibo los argumentos en el recurso de apelación esgrimidos por **COLPENSIONES** .

2.2.- SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE RECAE EN LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.

La jurisprudencia laboral ha sido pacífica en expresar que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de los dos regímenes excluyentes, pero coexistentes, con el fin que pudieran tomar decisiones informadas, se impuso a las AFP,

¹⁷ Pues en palabras de la Corte, “*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, sin importar si el afiliado tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse. Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional...*”, sobre el particular véase la sentencia STL6422-2021 del 02 de junio de 2021, así como las sentencias SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3871- 2021.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, completa y oportuna de las características de cada uno de los dos esquemas pensionales.

Las AFP, para garantizar a los interesados el derecho básico de recibir información en su proceso de traslado tienen el deber inexcusable de proporcionar a sus potenciales afiliados información suficiente, completa, clara, comprensible, precisa y oportuna sobre las características, ventajas, desventajas, condiciones de acceso, efectos, consecuencias y riesgos de ambos regímenes pensionales.

El deber de información impuesto a todas las AFP, en este caso, **AFP PROTECCIÓN S.A.**, para el momento en que se hizo efectivo el traslado, es decir el día 27 de septiembre 1999¹⁸, tiene fundamento legal en los siguientes preceptos:

- a) El literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho al afiliado a seleccionar de manera libre, informada y voluntaria el régimen pensional, de allí que, a las AFP les corresponde brindar la información necesaria, objetiva y transparente al afiliado, so pena de hacer efectiva la sanción del artículo 271 ibidem.
- b) El numeral 1 del artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993¹⁹, impone a las entidades vigiladas, entre ellas a las AFP; el deber de suministrar información transparente de sus servicios que den a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.
- c) El artículo 12 del Decreto 720 de 1994²⁰, expresamente regula que las AFP tienen el deber de suministrar al usuario, potencial afiliado,

¹⁸ Formulario de vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.- (FI 01 de carpeta 34 del expediente).

¹⁹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 97. Información. (...) "**1. Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la **información necesaria** para lograr la mayor **transparencia** en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

²⁰ Decreto 720 de 1994. "Por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993". "Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes".

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jairo Harry López Ochoa

Demandada: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105034-2019-00054-02

información suficiente, amplia y oportuna al momento y, durante su vinculación de las prestaciones a las cuales tiene derecho .

Debe memorarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó a determinado régimen pensional, esa aseveración corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo alega o invoca, interpretación que se acompasa con la literalidad del artículo 167 del C.G.P., que de manera diáfana prescribe que las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder existentes en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral *“la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual”*, pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrenta a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)²¹”.

Esa inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil²², que enseña que *“la prueba de la diligencia o cuidado*

²¹ Sentencia SL3871-2021. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

²² Aplicable a asuntos laborales y de la seguridad social, por disposición expresa del canon 19 del C.S.T.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jairo Harry López Ochoa

Demandada: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105034-2019-00054-02

incumbe al que ha debido emplearlo”, disposición de la que se colige que corresponde al Fondo de Pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional, razonamiento que se refuerza, cuando se observa que las entidades financieras y las compañías aseguradoras, por su posición en el mercado, profesionalismo, experiencia y control de la operación, tienen preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que, incluso el ordenamiento jurídico patrio (Art. 11, literal b) de la Ley 1328/2009) considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en contra de los consumidores financieros.

En cuanto a la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado²³, además, que la simple expresión genérica o preestablecida en los formatos no es prueba apta para demostrar que la decisión es libre y voluntaria, más aún si desconocen la incidencia frente a sus derechos prestacionales por cambio de régimen pensional²⁴.

Debe resaltarse que tampoco son de recibo los argumentos encaminados a señalar que, la permanencia del afiliado por un largo tiempo en el RAIS válida la falta de información oportuna, o que lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, sean argumentos suficientes para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues, de conformidad con el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la Constitución da al trabajo, que es de donde generalmente los pensionados derivan su derecho (Art. 25 C. Pol.), las labores desarrolladas por las AFP conciernen a los intereses públicos, razón básica por la que las obligaciones de estas entidades se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre otro tipo de particulares y, por lo tanto, su validación debe efectuarse con mayor rigurosidad respecto de la asesoría

²³ Sentencia SL1452-2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en las sentencias SL1688-2019, SL4806-2020, SL5686-2021.

²⁴ Sentencia SL12136-2013 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

y deber de información que le deben suministrar a sus usuarios o afiliados²⁵.

En el mismo sentido, los actos de traslados entre diferentes AFP no generan un acto de relacionamiento que convalide la voluntad de permanencia, porque si en la fecha de traslado del RPMPD al RAIS el afiliado no contó con la información necesaria, clara, objetiva, transparente, comprensible y oportuna, toda actuación posterior no desvirtúa el incumplimiento de tal deber, lo que necesariamente lleva a que el acto jurídico se torne ineficaz²⁶.

En el caso bajo examen, **COLPENSIONES** fundamenta su recurso de apelación contra la decisión de declaratoria de ineficacia del traslado en los siguientes puntos: 1) que la afiliación del señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** fue de manera libre, voluntaria y espontánea y que de la suscripción del contrato de vinculación se puede deducir que el demandante tenía información necesaria de las condiciones, características y desventajas del régimen; 2) que el único requisito para la validez del traslado en ese momento era el diligenciamiento del formulario en el que se consigna que la decisión es libre, espontánea y sin presiones y; 3) que existe imposibilidad en el traslado del demandante porque él está a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión a más que esta decisión descapitaliza el sistema pensional y, como consecuencia, desfinancia los derechos prestacionales de los demás afiliados.

Contrario a lo sustentado por **COLPENSIONES**, véase que en el expediente reposan copia del formulario de traslado a AFP **PROTECCIÓN S.A.**, historias válidas para bono pensional y laboral consolidada, relación histórica de movimientos y expediente administrativo de Colpensiones, medios probatorios insuficientes para acreditar que la AFP demandada le haya proporcionado al demandante la información precisa en la que se delimitaran los alcances positivos y negativos de la decisión de traslado, ya que la simple manifestación de voluntad del afiliado acerca de que la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen y

²⁵ Criterio establecido en la sentencia SL de 9 de septiembre de 2008, radicado 31989.

²⁶ Sentencia SL1055-2022 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

administradora de pensiones, de ningún modo suple, en orden a procurar una decisión informada con datos veraces de las mejores opciones del mercado, la obligación que el fondo de pensiones privado tenía en su momento, de analizar y explicar de manera detallada la situación del trabajador que estaba afiliando al RAIS.

En ese sentido, la Sala considera que pese a que el Decreto 692 de 1994²⁷ establece que la voluntad del afiliado debe corroborarse con la firma del formulario, junto a la prueba de haber tomado la decisión de trasladarse de manera libre, espontánea y sin presiones, la argumentación de **COLPENSIONES** no está llamada a prosperar, ya que, en este caso, ninguna de las demandadas dieron cuenta de que la información brindada al señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, respecto de las consecuencias y efectos del cambio de régimen pensional haya sido clara y suficiente.

A su vez, **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, declaró que la motivación detrás de su traslado a **AFP PROTECCIÓN S.A.**, el día 27 de septiembre de 1999, radicaba en la indebida asesoría prestada por parte del promotor pensional respecto a que se podía pensionar antes de la edad mínima que exigía la ley, pensión que quedaba con un valor superior al mínimo, y, por último, que le pasaron el formulario, lo firmó y que así se trasladó a **AFP PROTECCIÓN S. A.**

Aseguró que, no le explicaron cómo se manejaban las cuentas de ahorro individual, como le practicaban descuentos para las pólizas previsionales de invalidez y muerte, cómo se liquidaba la mesada pensional en **COLPENSIONES**, ni cuales factores iban a tener en cuenta para liquidarla; que tampoco le informaron sobre las figuras de retracto, de devolución de saldos, que en caso de no tener beneficiarios, el dinero entraba a ser parte de la masa sucesoral y; que antes de cumplir los 52 años no tuvo acompañamiento que le informara de la posibilidad de retornar al RPMPD.

²⁷ Decreto 692 de 1994. Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. "...Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido..."

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

De otro lado, cabe advertir que el hecho que el accionante **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, hubiere estado afiliado al RAIS por más de 23 años, no conlleva *per se* a señalar que él ratificó el traslado del RPMPD, puesto que como lo ha explicado la jurisprudencia laboral que se citó con antelación, la carencia de eficacia de variación del régimen pensional nunca se convalida por el solo paso del tiempo o con posteriores traslados efectuados entre los Fondos privados, ya que ello implicaría modificar el contenido de sus derechos prestacionales, más si se tiene en cuenta que la ineficacia del traslado de régimen pensional trasmite los efectos a los siguientes cambios que se hubiere efectuado entre las diferentes administradoras de fondo de pensiones privadas.

En virtud de estos razonamientos, la Sala considera acertada la decisión en este sentido adoptada en primer grado, puesto que, de las declaraciones del demandante **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA** y de los demás medios probatorios obrantes en el plenario, quedó demostrado que, la AFP accionada no cumplió, conforme lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, con su deber de suministrar información suficiente y transparente en el proceso de traslado de régimen pensional, asesoría que le hubiera permitido al actor tener suficientes elementos de juicio objetivo para escoger las mejores opciones del mercado; sumado a ello, **AFP PROTECCIÓN S.A.** no aportó medios de convicción que tuvieran como finalidad demostrar el cumplimiento del deber de brindar información al afiliado y no puede pretender que sus propias declaraciones constituyan prueba a su favor, cuando tuvo una conducta procesal pasiva respecto a su carga probatoria.

En este orden de ideas, en lo que respecta a este reparo, el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** no prospera y, en consecuencia, se confirmará la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional a **AFP PROTECCIÓN S.A.** efectuado el día 27 de septiembre de 1999, por ende, deberá reconocerse que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación a ese tránsito, como si el afiliado se hubiere mantenido en la entidad administradora del RPMPD.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

2.3.- SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE APORTES Y DEMÁS CONCEPTOS A COLPENSIONES.

El efecto jurídico de las acciones judiciales de “*ineficacia*” no es otro distinto que retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido. Dicho en otras palabras, una declaratoria en este sentido, tiene un efecto *ex tunc* (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (Art. 1746 C.C.).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta determinación trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido a dicho régimen pensional, debiendo restituirse las cosas a su estado original, pues, como ya se afirmó, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la AFP y el afiliado.

Asimismo, atendiendo a que es una consecuencia adversa a la ineficacia del traslado por incumplir el deber de información suficiente, clara, objetiva y transparente al afiliado, declarada la ineficacia del traslado de régimen, la AFP está en el deber de devolver de modo pleno y con efectos retroactivos, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, si a ello hubiera lugar, los valores cobrados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Igualmente, las AFP tienen la obligación, al momento de efectuar la devolución, de discriminar detalladamente los conceptos, valores, ciclos, aportes, ingreso base de cotización y demás información que, debidamente justificada, a su juicio consideren relevante ²⁸.

²⁸ Sentencia SL3803-2021 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada por las sentencias SL1055-2022, SL2229-2022.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

Conforme lo dicho, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para **COLPENSIONES**, el deber de mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas que debe trasladar la administradora privada de pensiones, incluidos los dineros cobrados a título de gastos de administración, comisiones, primas previsionales, bonos pensionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, lo que a su vez, garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena, sin lugar a descuentos, la devolución total junto con sus rendimientos de los aportes.

Colofón de lo anterior, surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, esta Corporación, adicionará el ordinal 2° de la sentencia de primera instancia, en el entendido de también **CONDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.**, a retornar a **COLPENSIONES** el bono pensional constituido en favor del actor si lo hubiere, actuación que, la aludida AFP deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

2.5.- SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE LA INEFICACIA PENSIONAL.

En punto a la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, es del caso señalar que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible. En palabras de nuestro máximo órgano de cierre “*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).*” (CSJ SL1689-2019).

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

Así las cosas, revisado este aparte de la sentencia de primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta, y siguiendo la línea jurisprudencial en este sentido decantada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, esta Sala considera necesario confirmar la desestimación que de dicho mecanismo defensivo efectuó el juez de primer grado.

Superada la discusión en lo que respecta a la ineficacia de traslado del régimen pensional declarada en primera instancia, corresponde a esta Colegiatura, determinar la procedencia de la pensión de vejez reconocida en primer grado por el a-quo.

2.6.-PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL – en adelante *PRO PENSIONADO*.-

Atendiendo lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 53 magnos, en concordancia, con lo enseñado por la Honorable Corte Constitucional en sentencias T-1268 de 2005 y T-088 de 2018 y de conformidad con el principio ***pro homine***, postulado de optimización constitucional que impera sobre las actuaciones realizadas por el Estado Colombiano, en materia laboral y/o pensional ha de entenderse por favorabilidad el principio constitucional que determina que, en caso de duda sobre la aplicabilidad de una norma y/o interpretación jurídica en un caso concreto, el servidor público deberá optar por la más beneficiosa a los intereses del trabajador, afiliado, pensionado y/o sus beneficiarios, respetando, claro está, *el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece*²⁹.

Así, para la aludida Corporación, “...la ‘duda’ que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario ‘debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador...”, es decir, “...la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la

²⁹ T-088 de 2018

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos...”³⁰

2.7.- DEFECTO SUSTANTIVO³¹

De conformidad con la *ratio decidendi* sobre el tema decantada por la Honorable Corte Constitucional, el aludido defecto se materializa si, al momento de proferirse la providencia judicial ésta carece de sustento normativo o se aplica de manera manifiestamente errada, sacando al enunciado proveído del marco de la hermenéutica jurídica aceptable; así, ésta deja de ser una decisión en derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual deberá dejarse sin efectos jurídicos; siendo entonces obligación del superior funcional, ya sea con ocasión del grado jurisdiccional de consulta que se surte o, del recurso de apelación que se resuelve, sanear la indebida aplicación normativa en la que incurrió el juez de primera instancia, interpretación que afecta los derechos fundamentales de los sujetos procesal que conforman la litis³².

Frente la posible existencia del enunciado defecto, no se estaría ante una diferencia interpretativa de la norma, sino que se constituiría en una decisión carente de fundamento legal, dictada según el capricho del operador jurídico, determinación que, desconociendo la ley trasciende en su

³⁰ T-088 de 2018

³¹ Sentencia SU 649 de 2017 “se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica...”*

³² Sentencia SU 453 de 2019 “...Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador; (ii) **a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable** o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes **o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;** (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos *erga omnes*, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza para un fin no previsto en la disposición; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto...”.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

vulneración al nivel constitucional, en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.

2.8.-PENSIÓN DE VEJEZ Y LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SU RECONOCIMIENTO.

Atendiendo la fecha de nacimiento del demandante –*23 de junio de 1959*-, y por encontrarse acreditado el hecho que el actor no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que, para la entrada en vigencia del Estatuto General de la Seguridad Social, *abril 1° de 1994*, el accionante no contaba con quince años de servicios cotizados al régimen pensional anterior, *conforme la historia laboral aportada al plenario para la enunciada calenda el actor contaba con 282.42 semanas cotizadas*, ni con la edad mínima de 40 años, *a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante tenía la edad de 33 años, 9 meses y 3 días*, la normatividad aplicable en el **sub judice** es el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, disposición que establecen los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Así, el artículo 9° *ejúsdem* preceptúa que, son beneficiarios al reconocimiento de dicho derecho pensional, los trabajadores dependientes o independientes del sector público o privados que, al momento de elevar su solicitud, acrediten: 1) la edad mínima necesaria para la concesión de la aludida prestación pensional por vejez que, en tratándose de hombre, es de 62 años cumplidos al momento de elevar la referida petición y, 2) el número mínimo de semanas cotizadas al sistema general de la seguridad social en pensiones, que, por tratarse de un reconocimiento pensional posterior al día 1° de enero de 2014, corresponde a 1300 semanas.

Verificados el cumplimiento de los enunciados requisitos y previa solicitud por parte del *afiliado o empleador*, la administradora y/o fondo pensional deberá reconocer, dentro de los cuatro meses siguiente a la fecha de presentación de la petición, el derecho pensional por vejez, acreencia que queda en suspenso su disfrute hasta cuando se acredite la desafiliación al

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

sistema general de la seguridad social en pensiones del trabajador pensionado.

3.-CASO CONCRETO.

Para la Sala de Decisión, el recurso de apelación interpuesto en este aspecto por la demandada **COLPENSIONES**, tiene vocación de éxito por las razones que seguidamente se exponen:

Advierte esta Corporación la existencia de una indebida aplicación normativa en el *sub judice* por parte del juez de primera instancia, puesto que, de los medios probatorios obrantes en el plenario tales como: i) cédula de ciudadanía del actor, ii) registro civil de matrimonio de este, iii) formulario de afiliación al RAIS, iii) reclamación administrativa a **COLPENSIONES** y, la confesión contenida en el hecho 1° de la demanda, *el señor Jairo Harry López Ochoa nació el 23 de junio de 1959*, se demuestra que, para la fecha de presentación del libelo introductorio de esta actuación procesal, *enero 18 de 2019*, el demandante **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**, no cumplía con uno de los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento del derecho pensional por vejez, *tenía la edad de 59 años*, motivo por el cual, no es de recibo para esta Colegiatura, la aplicación favorable del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que realizó el juez de primera instancia, disquisición que conllevó al, por extemporáneo indebido reconocimiento del derecho pensional pretendido por el actor.

En efecto, el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 constitucional, se consagró únicamente para zanjar aquellas dudas que surgen de las interpretaciones jurídicas que se le deben de dar a las normas llamadas a resolver el asunto puesto en conocimiento de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, no siendo el objeto de dicho axioma constitucional, la solución de aquellas “...*incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos...*”.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

Así las cosas y pese de que el actor durante el desarrollo de esta actuación jurisdiccional cumplió tanto con la edad mínima necesaria para acceder al reconocimiento de la pensión por vejez, *cumplió los 62 años en junio 23 de 2021*, como con el tiempo mínimo de aportes, *1500 semanas a la fecha de la sentencia de primer grado*, es deber de este solicitar primeramente a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, puesto que, las anteriores solicitudes se realizaron sin el cumplimiento de dichos requisitos, circunstancia que no facultaría el reconocimiento por vía jurisdiccional, ya que de hacerse de esa manera, se estaría privando a la demandada **COLPENSIONES** el derecho a que, en ejercicio de su funciones administrativas reconozca la prestación pensional pretendida por el actor, actuar que contrariaría el ordenamiento constitucional, legal y jurisprudencia vigente.

Bajo los derroteros expuestos, esta corporación revocará los ordinales 4° y 5° la decisión proferida en primera instancia y, en su lugar, absolverá a la demandada **COLPENSIONES** del reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida por el demandante, señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA**.

4.- COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, **COLPENSIONES** haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida, surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta se revocará parcialmente el numeral séptimo de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo **ÚNICAMENTE** de **AFP PROTECCIÓN S.A.**

5.- COSTAS.

Sin condena en costa en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el día 17 de marzo 2023 por el **JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de también **CONDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.**, a retornar a **COLPENSIONES** el bono pensional constituido en favor del actor si los hubiere, actuación que **AFP PROTECCIÓN S.A.**, deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

SEGUNDO. REVOCAR los ordinales cuarto y quinto de la sentencia proferida el día 17 de marzo de 2023, por el **JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, para en su lugar, absolver a la demandada **COLPENSIONES** del coetáneo reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida por el demandante, señor **JAIRO HARRY LÓPEZ OCHOA.**

TERCERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia proferida el día 17 de marzo de 2023, por el **JUZGADO CUARENTA**

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02

Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C, en el entendido de **ABSOLVER a COLPENSIONES** de la condena en costas de la primera instancia.

CUARTO – CONFIRMAR los demás aspectos de la sentencia consultada y recurrida.

QUINTO. - Sin condena en costa en esta instancia.

SEXTO– En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al **JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

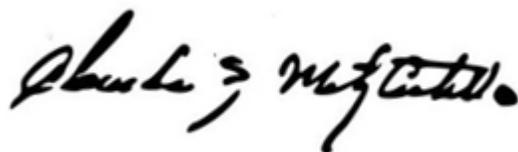
Magistrado



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo Harry López Ochoa
Demandada: Colpensiones y Protección S.A.
Radicado: 110013105034-2019-00054-02



ACLARO VOTO

CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503420190005400](https://expediente.digitaal.gov.co/11001310503420190005400)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – en adelante COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICADO: 110013105040-2021-00459-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recursos de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y surtir en su favor, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el día 11 de mayo de 2023 por el **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**¹, providencia que declaró: i) la ineficacia del traslado pensional del régimen de prima media con prestación definida -en adelante RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad -en adelante RAIS- del que fue sujeto el actor, señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, en el año 1997; ii) condenó a **PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los bonos pensionales y

¹ Sentencia C-968 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

cotizaciones junto sus rendimientos financieros causados por la afiliación del actor al RAIS, y, iii) condenó a **PORVENIR S.A.**, en costas procesales y agencias en derecho.

II. ANTECEDENTES.

DEMANDA²

Mediante escrito radicado el día 02 de diciembre de 2021, cuyo conocimiento correspondió al **Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, demandó a **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**³, solicitando se declare la ineficacia de su traslado del régimen pensional de RPMPD al RAIS, y, en consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, rendimientos y saldos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, con miras a que la administradora colombiana de pensiones, reciba dichos dineros y active su afiliación; imponiéndoles además, condena en costas y agencias en derecho.

JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ, manifestó que nació el día 13 de enero de 1962 (*sic*), y que se afilió al RPMPD el día 02 de diciembre de 1987 realizando el pago de sus aportes a dicho esquema pensional hasta el mes de mayo de 1997, fecha en la que, por una indebida asesoría por parte del promotor pensional, se trasladó, por medio de **PORVENIR S.A.**, al RAIS, fondo pensional al que actualmente se encuentra afiliado (*sic*).

Expresó que, para el momento en el que efectuó el aludido cambio pensional, no fue debidamente asesorado sobre las consecuencias legales que ese traslado de régimen generaba, puesto que: i) no le informaron cuáles eran las prerrogativas y desventajas de ambos esquemas pensionales, ii) no se realizó una proyección del valor de su posible mesada y iii) tampoco se le precisó cuáles eran los requisitos que debía cumplir para pensionarse en uno u otro régimen.

² Libelo introductorio admitido mediante auto calendarado junio 06 de 2022

³ Archivo 4º del expediente digital

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

Resaltó que , en agosto 13 de 2021, al percatarse del “*error al que fue inducido*”¹, con miras a que se dispusiera su retorno al régimen de prima media con prestación definida, solicitó a **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, se declarara la ineficacia de su traslado pensional petición que le fue denegada por las administradoras pensionales demandadas⁴

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA⁵

COLPENSIONES⁶, oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: “*inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones; saneamiento de la nulidad alegada; prescripción; buena fe y la genérica o innominada*”.

Argumentó que no existe dentro del plenario medio probatorio alguno que demuestre la ocurrencia del yerro –*vicio del consentimiento en el contrato de afiliación*- alegado por la parte demandante, señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, afiliado pensional que, por no ser beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicio y/o aporte cotizados al sistema pensional – *sentencia C 789 de 2002⁷*-, así como por no presentar la solicitud de traslado dentro el término previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 –*el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*-, no es posible acceder a declarar la ineficacia contractual por él pretendida.

PORVENIR S.A.⁸, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: “*buena fe; inexistencia de la obligación, prescripción; compensación y la genérica*”.

⁴ Peticiones denegadas en agosto 17 y septiembre 20 de 2021

⁵ El Juzgado de conocimiento por auto del 13 de enero de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (carpeta 19).

⁶ Contestación obrante en la 8ª carpeta.

⁷ La Corte Constitucional declaró exequible el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, precepto jurídico modificado por la norma citada, bajo el entendido que las personas que, habiéndose trasladado al RAIS, provenientes del RPM, podían retornar a esta último en cualquier tiempo siempre que al 1° de abril de 1994 hayan completado 15 años de servicios cotizados.

⁸ Contestación obrante en la carpeta 12

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: José Gerardo Camacho González
Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado: 110013105040-2021-00459-01

Manifestó que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, normatividad vigente para el momento en que se efectuó el traslado a los fondos pensionales de la parte demandante, señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ** –abril 18 de 1997-, no le era exigible realizar una asesoría calificada a sus potenciales afiliados, motivo por el cual cumplió con el deber de información impuesto por la legislación imperante en aquella época, esto al compartir con el actor los beneficios y desventajas que ocasionaría su traslado pensional, obligación que se demuestra con el formulario de afiliación suscrito por el actor⁹.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Considerando que, el actor, señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, no decidió libre y voluntariamente su traslado pensional del RPMPD al RAIS, aseveración que realiza el a-quo ante la ausencia de medio probatorio alguno que demuestre dentro del plenario el cumplimiento del deber de información al potencial afiliado de los beneficios y desventajas del RAIS por parte de la **AFP PORVENIR S.A.**, el **Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá**, mediante sentencia calendada mayo 11 de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *ineficaz el traslado efectuado por el demandante José Gerardo Camacho González, C.C. 19.465.548, traslado que se realizó en el año 1997 del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social por parte de esta última, es decir, Porvenir S.A., de conformidad con lo expuesto en esta decisión.*

SEGUNDO: DECLARAR *que el demandante José Gerardo Camacho González ha estado afiliado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por ISS, actualmente Colpensiones, sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.*

⁹ Pieza procesal obrante en la carpeta 12 fl 80 y84.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: José Gerardo Camacho González
Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado: 110013105040-2021-00459-01

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es José Gerardo Camacho González, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; incluyendo como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente; absolviendo de costas a Colpensiones.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones.”

IV. RECURSOS DE APELACIÓN.

Inconforme la decisión, alegando el cumplimiento por parte de **AFP PORVENIR S.A.**, del deber de información de los beneficios y desventajas del RAIS al potencial afiliado del régimen, así como la desidia presentada

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

por el demandante frente al régimen pensional que cubría su riesgo de vejez y, el desconocimiento por parte del a-quo tanto de la prohibición legal prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2007 *-el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez-*, como del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida en mayo 11 de 2023.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Conforme lo ordenado en auto de 05 de junio de 2023, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en su demanda; por su parte, **COLPENSIONES**, recapituló los reparos expuestos en su impugnación y **PORVENIR S.A.**, guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 69 del CPT y de la SS debe efectuarse en grado jurisdiccional de consulta y los parámetros establecidos en el artículo 66 A ibidem, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado pensional del demandante, señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**?
- En caso afirmativo, establecer si ¿la declaratoria de ineficacia y sus efectos, infringe la prohibición prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003?

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

- Determinar si el a-quo, incurrió en error al no ordenar debidamente indexada la devolución a **COLPENSIONES** de los valores cobrados por **PORVENIR S.A.**, con ocasión de la afiliación al RAIS del demandante señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ?**
- En grado jurisdiccional de consulta, determinar si ¿fue acertada la decisión de primera instancia de declarar infundada la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES?**

2.- RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1.- SOBRE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 48 de la Carta Política, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciendo dos regímenes pensionales excluyentes pero coexistentes: el primero, denominado régimen de prima media con prestación definida -RPMPD, caracterizado , siempre que se cumpla con dos requisitos: edad y semanas de cotización por retornar una mesada pensional determinada y preestablecida y, el segundo, denominado régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, en el que valor de la mesada pensional depende del aporte acumulado realizado por el afiliado, más los rendimientos financieros del capital, siempre que, al tiempo del reconocimiento, tal suma garantice el pago de una pensión equivalente al ciento diez por ciento del salario mínimo mensual vigente.

Adicionalmente, como característica propia del sistema general de pensiones, el artículo 13 ibidem¹⁰, consagra que, tal y como lo establece el

¹⁰ "ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

canon 271 ejusdem¹¹, la afiliación, además de ser obligatoria, debe ser voluntaria, prerrogativa que al ser transgredida y/o vulnerada priva de efectos jurídicos el traslado pensional.

De otra parte, es menester resaltar que el ordenamiento jurídico patrio, también autoriza el traslado de los afiliados de ambos regímenes, cada cinco años, siempre que faltaren más de diez años para adquirir la edad pensional¹². Sobre el particular, la Corte Constitucional declaró exequible dicho mandato legal, bajo el entendido que las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que habiéndose trasladado al RAIS, no hayan regresado al RPMPD, podían volver a este último en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002, esto es, que al 1° de abril de 1994 hubiesen completado 15 años de servicios (criterio vertido en la sentencia C- 625 de 14 de agosto de 2007).

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentadas dos reglas para el traslado: la primera, que las personas ajenas al régimen de transición podían cambiarse cada cinco años, salvo que les faltare diez años o menos para alcanzar la edad de pensión y, la segunda, para aquellos afiliados con expectativas legítimas que al 1° de abril de 1994 tenían quince años de servicios o tiempos cotizados, beneficiarios del régimen de transición, quienes pueden trasladarse en cualquier tiempo (sentencia C-789 de 24 de septiembre 2002, reiterada en la sentencia SU-130 de 13 de marzo de 2013).

Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...) (Subrayado fuera del texto)

¹¹ "ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios".

¹² Al respecto, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prescribe: "Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

En este sentido, solo los beneficiarios del régimen de transición que para el 1° de abril de 1994 contaban con quince años o más de servicios o su equivalente en tiempo de cotización, pueden trasladarse en cualquier tiempo desde el sistema de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

No obstante, habida cuenta que la ineficacia se predica frente a la validez del acto jurídico¹³, debe aclararse que el anterior postulado tiene excepción cuando la elección del afiliado a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes no está precedida de una decisión libre y voluntaria, toda vez que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindarles asesoría amplia sobre sus consecuencias, conocimiento sobre sus efectos, que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión que se adopte al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

Bajo ese contexto, aunque **COLPENSIONES** sostiene que el traslado pensional del actor no resulta procedente por cuanto conforme a los parámetros del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, a la fecha de formulación de la acción, **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, no cumplía con la edad requerida para poder retornar al RPMPD, debe resaltar que, lo que aquí se debate, es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el día 18 de abril de 1997 por incumplimiento al deber de información, aspecto diametralmente distinto a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que, en este particular aspecto, no son de recibo los argumentos en el recurso de apelación esgrimidos por **COLPENSIONES** .

¹³ Pues en palabras de la Corte, “*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, sin importar si el afiliado tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse. Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional...*”, sobre el particular véase la sentencia STL6422-2021 del 02 de junio de 2021, así como las sentencias SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3871- 2021.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: José Gerardo Camacho González
Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado: 110013105040-2021-00459-01

2.2.- SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE RECAE EN LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.

La jurisprudencia laboral ha sido pacífica en expresar que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de los dos regímenes excluyentes, pero coexistentes, con el fin que pudieran tomar decisiones informadas, se impuso a las AFP, el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, completa y oportuna de las características de cada uno de los dos esquemas pensionales.

Las AFP, para garantizar a los interesados el derecho básico de recibir información en su proceso de traslado tienen el deber inexcusable de proporcionar a sus potenciales afiliados información suficiente, completa, clara, comprensible, precisa y oportuna sobre las características, ventajas, desventajas, condiciones de acceso, efectos, consecuencias y riesgos de ambos regímenes pensionales.

El deber de información impuesto a todas las AFP, en este caso, **PORVENIR S.A.**, para el momento en que se hizo efectivo el traslado, es decir el día 18 de abril de 1997¹⁴, tiene fundamento legal en los siguientes preceptos:

- a) El literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho al afiliado a seleccionar de manera libre, informada y voluntaria el régimen pensional, de allí que, a las AFP les corresponde brindar la información necesaria, objetiva y transparente al afiliado, so pena de hacer efectiva la sanción del artículo 271 ibidem.
- b) El numeral 1 del artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993¹⁵, impone a las entidades vigiladas, entre ellas a las AFP; el deber de suministrar información transparente de sus servicios que den a los afiliados

¹⁴ Formulario de vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.- (FI 84 de carpeta 13 del expediente).

¹⁵ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 97. Información. (...) "**1. Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la **información necesaria** para lograr la mayor **transparencia** en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.

- c) El artículo 12 del Decreto 720 de 1994¹⁶, expresamente regula que las AFP tienen el deber de suministrar información suficiente, amplia y oportuna al momento de la afiliación, durante su vinculación y de las prestaciones a las cuales tiene derecho el posible afiliado.

Sin perjuicio de memorar que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó a determinado régimen pensional, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo alega o invoca, interpretación que se acompasa con la literalidad del artículo 167 del C.G.P., que de manera diáfana prescribe que las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral *“la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual», pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni*

¹⁶ Decreto 720 de 1994. “Por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993”. Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes”.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)¹⁷”.

Esa inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil¹⁸, que enseña que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”, disposición de la que se colige que corresponde al Fondo de Pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional, razonamiento que se refuerza, cuando se observa que las entidades financieras y las compañías aseguradoras, por su posición en el mercado, profesionalismo, experiencia y control de la operación, tienen preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que, incluso el ordenamiento jurídico patrio (Art. 11, literal b) de la Ley 1328/2009) considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en contra de los consumidores financieros.

En cuanto a la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado¹⁹, además, que la simple expresión genérica o preestablecida en los formatos no es prueba apta para demostrar que la decisión es libre y voluntaria, más aún si desconocen la incidencia frente a sus derechos prestacionales por cambio de régimen pensional²⁰.

Debe resaltarse que tampoco son de recibo los argumentos encaminados a señalar que, la permanencia del afiliado por un largo tiempo en el RAIS valida la falta de información oportuna, o que lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, sean argumentos suficientes para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues, de conformidad con el artículo 48 superior, en concordancia con la

¹⁷ Sentencia SL3871-2021. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹⁸ Aplicable a asuntos laborales y de la seguridad social, por disposición expresa del canon 19 del C.S.T.

¹⁹ Sentencia SL1452-2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en las sentencias SL1688-2019, SL4806-2020, SL5686-2021.

²⁰ Sentencia SL12136-2013 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

protección especial que la Constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (Art. 25 C. Pol.), las labores desarrolladas por las AFP conciernen a los intereses públicos, razón básica por la que las obligaciones de estas entidades se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre otro tipo de particulares y, por lo tanto, su validación debe efectuarse con mayor rigurosidad respecto de la asesoría y deber de información que le deben suministrar a sus usuarios o afiliados²¹.

En el mismo sentido, los actos de traslados entre diferentes AFP no generan un acto de relacionamiento que convalide la voluntad de permanencia, porque si en la fecha de traslado del RPMPD al RAIS el afiliado no contó con la información necesaria, clara, objetiva, transparente, comprensible y oportuna, toda actuación posterior no desvirtúa el incumplimiento de tal deber, lo que necesariamente lleva a que el acto jurídico se torne ineficaz²².

En el caso bajo examen, **COLPENSIONES** fundamenta su recurso de apelación contra la decisión de declaratoria de ineficacia del traslado en los siguientes puntos: 1) que la afiliación del señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ** a **AFP PORVENIR S.A.** fue de manera libre, voluntaria y espontánea y que de la suscripción del contrato de vinculación se permite presumir que el demandante tenía información necesaria de las condiciones, características y desventajas del régimen; 2) que el único requisito para la validez del traslado en ese momento era el diligenciamiento del formulario en el que se consigna que la decisión es libre, espontánea y sin presiones y; 3) que existe imposibilidad en el traslado del demandante porque él está a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión y, debido a que esta decisión descapitaliza el sistema pensional, como consecuencia desfinancia los derechos prestacionales de los demás afiliados.

Contrario a lo sustentado por **COLPENSIONES**, véase que en el expediente reposan copia del formulario de traslado a AFP **PORVENIR S.A.**, historias válidas para bono pensional y laboral consolidada, relación histórica de movimientos y expediente administrativo de Colpensiones, medios

²¹ Criterio establecido en la sentencia SL de 9 de septiembre de 2008, radicado 31989.

²² Sentencia SL1055-2022 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

probatorios insuficientes para acreditar que la AFP demandada le haya proporcionado al demandante la información precisa en la que se delimitaran los alcances positivos y negativos de la decisión de traslado, ya que la simple manifestación de voluntad del afiliado acerca de que la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen y administradora de pensiones, de ningún modo suple, en orden a procurar una decisión informada con datos veraces de las mejores opciones del mercado, la obligación que el fondo de pensiones privado tenía en su momento, de analizar y explicar de manera detallada la situación del trabajador que estaba afiliando al RAIS.

En ese sentido, la Sala considera que pese a que el Decreto 692 de 1994²³ establece que la voluntad del afiliado debe corroborarse con la firma del formulario, junto a la prueba de haber tomado la decisión de trasladarse de manera libre, espontánea y sin presiones, la argumentación de **COLPENSIONES** no está llamada a prosperar, ya que, en este caso, ninguna de las demandadas dieron cuenta de que la información brindada al señor **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ** respecto de las consecuencias y efectos del cambio de régimen pensional haya sido clara y suficiente.

A su vez, **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, declaró que la motivación detrás de su traslado a **AFP PORVENIR S.A.**, el día 18 de abril de 1997, radicaba en la indebida asesoría prestada por parte del promotor pensional respecto a que se podía pensionar antes de la edad mínima que exigía la ley, pensión que quedaba con un valor superior al mínimo, y, por último, que le pasaron el formulario, lo firmó y que así se trasladó a **AFP PORVENIR. S. A.**

Aseguró que no le explicaron cómo se manejaban las cuentas de ahorro individual, ni que le practicaban descuentos para las pólizas previsionales de invalidez y muerte, ni cómo se liquidaba la mesada pensional en

²³ Decreto 692 de 1994. Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. "...Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido..."

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

COLPENSIONES, ni cuales factores iban a tener en cuenta para liquidar su pensión; que tampoco le informaron sobre las figuras de retracto, de devolución de saldos, que en caso de no tener beneficiarios, el dinero entraba a ser parte de la masa sucesoral y; que no tuvo acompañamiento antes de cumplir los 52 años que le informara de la posibilidad de retornar al RPMPD.

De otro lado, cabe advertir que el hecho de que el accionante **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ**, hubiere estado afiliado al RAIS por más de 25 años, no conlleva *per se* a señalar que él ratificó el traslado del RPMPD, puesto que como lo ha explicado la jurisprudencia laboral que se citó con antelación, la carencia de eficacia de variación del régimen pensional nunca se convalida por el solo paso del tiempo o posteriores traslados efectuados entre los Fondos privados, ya que ello implicaría modificar el contenido de sus derechos prestacionales, más si se tiene en cuenta que la ineficacia del traslado de régimen pensional transmite los efectos a los siguientes cambios que se hubiere efectuado entre las diferentes administradoras de fondo de pensiones privadas.

En virtud de estos razonamientos, la Sala considera acertada la decisión de primer grado puesto que, de las declaraciones del demandante **JOSÉ GERARDO CAMACHO GONZÁLEZ** y de los expedientes administrativos aportados por las demandadas **PORVENIR S.A., y COLPENSIONES**, quedó establecido que la AFP accionada no cumplió con su deber de suministrar información suficiente y transparente en el proceso de traslado de régimen pensional, asesoría que le hubiera permitido al actor tener elementos de juicio objetivo para escoger las mejores opciones del mercado, conforme lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; sumado a ello, **PORVENIR S.A.** no aportó medios de convicción que tuvieran como finalidad demostrar el cumplimiento del deber de brindar información al afiliado y no puede pretender que sus propias declaraciones constituyan prueba a su favor, cuando tuvo una conducta procesal pasiva respecto a su carga probatoria.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

En este orden de ideas, el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** no prospera y, en consecuencia, se confirmará declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional a **PORVENIR S.A.** efectuado el día 18 de abril de 1997, por ende, deberá reconocerse que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación a ese tránsito, como si el afiliado se hubiere mantenido en la entidad administradora del RPMPD.

2.3.- SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE APORTES Y DEMÁS CONCEPTOS A COLPENSIONES.

El efecto jurídico de las acciones judiciales de “*ineficacia*” no es otro distinto que retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido. Dicho en otras palabras, una declaratoria en este sentido, tiene un efecto ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (Art. 1746 C.C.).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta determinación trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido a dicho régimen pensional, debiendo restituirse las cosas a su estado original, pues, como ya se afirmó, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la AFP y el afiliado.

Asimismo, atendiendo a que es una consecuencia adversa a la ineficacia del traslado por incumplir el deber de información suficiente, clara, objetiva y transparente al afiliado, declarada la ineficacia del traslado de régimen, la AFP está en el deber de devolver de modo pleno y con efectos retroactivos el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado con motivo de la afiliación como cotizaciones, los rendimientos, bonos pensionales, si hubiera lugar, los valores cobrados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

Igualmente, las AFP tienen la obligación, al momento de efectuar la devolución, de discriminar detalladamente los conceptos, valores, ciclos, aportes, ingreso base de cotización y demás información que a su juicio consideren relevante debidamente justificada²⁴.

Conforme lo dicho, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para **COLPENSIONES**, el deber de mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas que debe trasladar la administradora privada de pensiones, incluidos los dineros cobrados a título de gastos de administración, comisiones, primas previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, lo que a su vez, garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos.

De otro lado, surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, esta Corporación, adicionará el ordinal 4º de la sentencia de primera instancia, en el entendido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a retornar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró la afiliación de la demandante al RAIS, correspondiente a contribuciones pensionales junto sus respectivos rendimientos, comisiones, gastos de administración, primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y, eventualmente, el bono pensional si lo hubiere, actuación que **PORVENIR S.A.**, deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

2.5.- SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

En punto a la excepción de prescripción interpuesta por **COLPENSIONES**, es del caso señalar que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible. En palabras de nuestro máximo órgano de

²⁴ Sentencia SL3803-2021 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada por las sentencias SL1055-2022, SL2229-2022.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Gerardo Camacho González

Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105040-2021-00459-01

cierre “la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).” (CSJ SL1689-2019).

Así las cosas, revisado este aparte de la sentencia de primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta, y siguiendo la línea jurisprudencia decantada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, esta Sala considera necesario confirmar la desestimación que de dicho mecanismo defensivo efectuó el juez de primer grado.

3.- CONCLUSIONES.

*La Sala adicionará el ordinal cuarto de la sentencia proferida el día 11 de mayo de 2023 por el **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de condenar a **PORVENIR S.A.** a devolver y trasladar a **COLPENSIONES**, debidamente indexados los conceptos señalados por el juez de primera instancia, obligación que realizará con cargo a sus propios recursos, actuación que **PORVENIR S.A.**, deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.*

4.- COSTAS.

*De conformidad a lo previsto en el numeral 1° del artículo 365 del Código General de Proceso; ante la no prosperidad de la impugnación presentada por **COLPENSIONES**, esta Corporación condena a la parte vencida en favor de la demandante, en costas por la suma de un salario mínimo mensual legal vigente, (1 S. M.M.L.V.).*

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: José Gerardo Camacho González
Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado: 110013105040-2021-00459-01

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia proferida el día 11 de mayo de 2023 por el **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el sentido de condenar a **PORVENIR S.A.** a devolver y trasladar a **COLPENSIONES**, debidamente indexados los conceptos señalados por el juez de primera instancia, devolución que realizará con cargo a sus propios recursos, actuación que **PORVENIR S.A.**, deberá realizar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este proveído.

SEGUNDO. –CONFIRMAR los demás aspectos de la sentencia consultada y recurrida.

TERCERO. - CONDENAR en costas a **COLPENSIONES.**, fijándose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente (1.M.M.L.V.).

CUARTO – En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, previas las anotaciones de rigor.

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

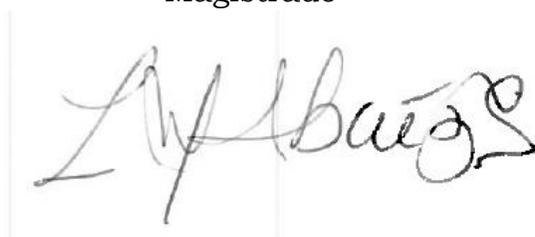
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: José Gerardo Camacho González
Demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado: 110013105040-2021-00459-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



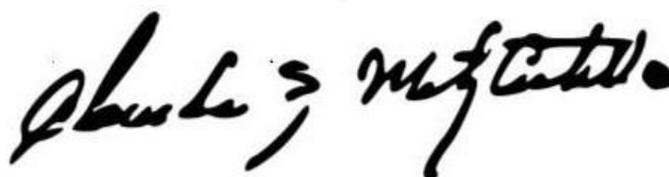
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: : [11001310504020210045901](#)

PROCESO SUMARIO LABORAL
Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO
Demandada: FAMISANAR EPS
Radicado: 110012205000-2023-01312-01



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: SUMARIO
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO
DEMANDADOS: FAMISANAR EPS
RADICADO: 110012205000-2023-01312-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** el día 29 de junio de 2023, providencia que condenó: i) a la demandada a pagar a la actora la suma de \$1.810.416 por gastos en que incurrió debido a intervención quirúrgica que realizó y no impuso condena en costas.

II. ANTECEDENTES.

DEMANDA

Mediante escrito radicado el día 15 de junio de 2022, cuyo conocimiento correspondió a la **Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional de Salud**, **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO** demandó a **FAMISANAR EPS**¹, solicitando se le cancele, en la suma \$1.810.416

¹ Archivo 001° del expediente digital

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

reconocimiento económico, por gastos en que incurrió por concepto de consulta con especialista en medicina interna e intervención quirúrgica de legrado.

OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO, manifestó que, empezó a sentir molestias en su salud a mediados de septiembre de 2021 y que, al solicitar cita médica a su EPS, informándole que no era posible agendar una cita con anterioridad le fue asignada para el 08 de noviembre 2021, razón por la cual solicitó en diferentes ocasiones autorización a la EPS demandada para ser atendida por un médico particular especialista en medicina interna y luego solicitar el respectivo reembolso, autorizaciones que nunca fueron contestadas.

Expresó que, el 24 de septiembre de 2021 tuvo consulta de medicina interna en el Hospital Universitario, enviándole estudios y recomendación con control ginecológico, que acudió a la cita programada por la EPS el 08 de noviembre de 2021, cuando, por hallazgos referidos en ecografía transvaginal y en la citología realizadas previamente, fue enviada con grado de ‘prioridad’ a ginecología.

Que, los exámenes clínicos y estudios realizados durante los episodios hospitalarios referidos, arrojaron como diagnóstico “ENGROSAMIENTO ENDOMETRIAL CON MARCADO TEMOR DE LESIÓN MALIGNA Y CONDICIÓN FIBROQUISTICA MAMARIA”, por lo que, tal y como quedó registrado en la consulta del 23 de noviembre de 2021, le ordenan la práctica de un legrado.

Posterior a ello, manifiesta la demandante que, a través de diferentes canales de comunicación dispuestos para ello, comenzó el trámite ante a EPS FAMISANAR para obtener la autorización para que la realización de la cirugía de legrado, informándosele que no había disponibilidad en la agenda, por lo que ante el deterioro de su estado salud, sin haber obtenido respuesta favorable de su EPS, decide buscar los medios necesarios para realizarse la cirugía de legrado en el Hospital Universitario Nacional de Colombia el 13 de enero de 2022.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

FAMISANAR EPS², oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de “*No procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley e inexistencia de vulneración al derecho fundamental a la salud*”.

Argumentó que, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, en tanto que la parte demandante, de manera libre y voluntaria por medios particulares, accedió al procedimiento quirúrgico de forma particular.

La entidad requerida, **HOSPITAL UNIVERSITARIO NACIONAL DE COLOMBIA**, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Considerando que, de acuerdo al cuadro clínico de la paciente con diagnóstico de sospecha de cáncer endometrial, no se logró probar que FAMISANAR EPS haya actuado diligentemente, mediante sentencia el calendada junio 29 de 2023, **Superintendencia Delegada de Salud**, sin imponer condena en costas y agencias en derecho resolvió acceder a las pretensiones formuladas por la señora OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ, ordenando a FAMISANAR EPS reconocerle, por concepto procedimiento quirúrgico y pagar a favor de la demandante, la suma de \$1.810.416 .

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la **parte demandada** apeló considerando que el primer grado omite señalar en sus conclusiones que, de acuerdo a la disponibilidad de agenda de la IPS, FAMISANAR EPS realizó las gestiones necesarias para satisfacer la solicitud de la demandante, por lo cual no se le puede imputar negligencia y/o mala fe.

² Contestación obrante en la 5ª carpeta.

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

Que quedó acreditado por la misma información que proporciona la demandante, ella accedió al servicio de forma libre y voluntaria, a la realización de la cirugía de manera particular, omitiendo la programación del servicio gestionado por la EPS demandada, concluyendo que la solicitud de reembolso no cumple con lo establecido en la Resolución No. 5261 de 1994.

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

V. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMA JURÍDICO.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 66 A del CPT y de la SS, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

- Definir si, ¿procede el reconocimiento y pago del reembolso solicitado por la señora OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO por concepto de procedimiento quirúrgico, o si, por el contrario, la EPS accionada actuó de manera negligente?

2.- RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

2.1.- SOBRE EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD:

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007³, preceptúa que, debiendo asumir el riesgo transferido por el usuario se encuentra a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, el cumplimiento de las funciones del aseguramiento en salud, entre los que se encuentra la garantía y acceso efectivo y con calidad a los servicios en salud.

Igualmente, deben cumplir con los principios establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, garantizando entre otros la accesibilidad al servicio de salud, su prestación oportuna y sin retrasos que pongan en riesgo la vida o la salud de los usuarios y a la continuidad en el tratamiento que reciben. (Artículo 3 Decreto 1011 de 2003).

Frente a la vulneración del derecho a la salud, por el no acceso oportuno a los servicios, el máximo Tribunal constitucional, en sentencia T 012 del 14 de enero de 2011⁴, expresó que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado.

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, consagra el trámite de reembolso de gastos que haya hecho por su cuenta por concepto

³ **ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.** Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

⁴ “(...)

4.2. Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003,^[14] en la cual se dijo:

“Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso.”^[15]”

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

A su turno, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 faculta a los usuarios del Subsistema General de Seguridad Social en Salud que, a través de un procedimiento judicial, preferente y sumario, se reclame el reembolso de los gastos médicos que hayan hecho por su cuenta.

Bajo tales presupuestos, procede por parte de las EPS el reembolso a un afiliado de los gastos en que hubiera incurrido, en los siguientes casos:

1. Atención médica de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS.
2. Cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica.
3. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

CASO CONCRETO:

De acuerdo a lo anterior, corresponde a la Sala comenzar por recalcar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso la condición de afiliada de la señora OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO al Sistema General de Seguridad Social en Salud a la EPS FAMISANAR, en calidad de cotizante. Igualmente, se tiene por acreditado que la demandante es una paciente de 59 años atendida en consulta externa como paciente de FAMISANAR EPS en un Centro de Atención Colsubsidio.

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

La actora sostiene que, ante su mal estado de salud, solicitó consulta de medicina interna, cita que le fue asignada para el día 8 de noviembre de 2021, por lo que solicitó que le solicitó al personal de la IPS fuera adelantada, petición que argumentando no existir disponibilidad en la agenda recibió respuesta negativa, razón por la cual, solicitó autorización para que, fuera atendida como paciente particular, sin que la EPS accionada le respondiera dicha solicitud.

Que, el 8 de noviembre de 2021, fecha en la que refería hemorragia vaginal, fue atendida en la consulta programada de medicina interna, y se tomó atenta nota de los resultados de los exámenes que le había ordenado el médico que la valoró como paciente particular, dentro de los cuales estaba la práctica de citología, ya que arrojaba anormalidad de células escamosas, y de ecografía transvaginal, al evidenciarse engrosamiento endometrial, razón por la cual, con carácter **prioritario**, la remitieron a ginecología.

Ese mismo 8 de noviembre de 2021, la señora **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO** fue atendida por ginecología, y de acuerdo a los exámenes antes referidos, le ordenaron Histeroscopia más biopsia y luego, en consulta del 23 de noviembre de 2021, fue atendida en consulta de control, ocasión en la que le reiteraron la orden de Histeroscopia con legrado.

Que, pese a las diferentes solicitudes realizadas por la demandante a la EPS FAMISANAR para que por la patología que padecía denominada “*ENGROSAMIENTO ENDOMETRIAL CON MARCADO TEMOR DE LESIÓN MALIGNA Y CONDICIÓN FIBROQUÍSTICA MAMARIA*”, al tener carácter prioritario le autorizará la realización del procedimiento quirúrgico como paciente particular y que, ante la negativa de adelantar el agendamiento, la demandante decide el 13 de enero de 2022 realizarse el procedimiento quirúrgico Histeroscopia, en el Hospital Universitario Nacional.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en razón a los hallazgos de la citología y de la ecografía pélvica transvaginal realizada a la señora **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO**, persona que, por el engrosamiento endometrial y por las atipias encontradas en la citología tenía altas probabilidades de estar afectada por cáncer endometrial, fue la razón por la cual, el Ginecólogo

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

tratante de la red de prestadores de FAMISANAR EPS le ordenó a la paciente, con carácter prioritario la práctica de Histeroscopia con Biopsia.

Que, de acuerdo con ello, al tener sospecha de cáncer endometrial, el caso constituía una urgencia oncológica, entendida como aquella situación que implica un riesgo para la vida o causa un deterioro agudo del estado de salud de los pacientes oncológicos y está directa o indirectamente relacionada con la enfermedad y su tratamiento.

Que, una vez conocido el diagnóstico otorgado a la demandante, comenzó a solicitar el trámite respectivo ante la EPS FAMISANAR realizó los trámites para obtener autorización con el fin de que se le realizara la cirugía de legrado que le fue ordenada de manera prioritaria en la consulta de control del 2 de noviembre de 2021, sin embargo, la respuesta fue que no había disponibilidad en la agenda.

Así, conforme la documental allegada por la demandante, con la que se acredita las diligencias que ella adelantó en búsqueda de respuesta oportuna y eficaz a su situación de salud, en el presente asunto ha de concluirse que, ningún trámite para la obtención de la autorización podía ser trasladado al usuario, tal como lo pretende FAMISANAR EPS.

Así las cosas, las fallas en el cumplimiento de responsabilidades de los prestadores de servicios de salud y de las Entidades Promotoras de Salud no pueden, ni deben ser asumidas, ni trasladadas al paciente o a sus familiares, tal y como sucedió en el presente caso.

Además, se hace énfasis que es la EPS, a la cual está afiliada la paciente, no el prestador, la que tiene la obligación de garantizar la calidad, oportunidad, integralidad, accesibilidad, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud a través de su red de prestadores.

Y es que, de acuerdo a lo expuesto, no se entiende como, al haberse ordenado por el ginecólogo tratante, desde el 23 de noviembre de 2021, la Histeroscopia + Biopsia con carácter prioritario, le agendaron a la señora

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO

Demandada: FAMISANAR EPS

Radicado: 110012205000-2023-01312-01

OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO la consulta para la valoración pre anestésica hasta el 31 de enero de 2022, tiempo totalmente inoportuno para un procedimiento prioritario, que lesiona la continuidad e integralidad de la atención médica especializada requerida por la aquí demandante, lo que conlleva a concluir que la EPS accionada tenía conocimiento del estado de salud de la aquí demandante.

Finalmente, vale la pena preciar que, para la fecha de los hechos, tanto la Histeroscopia como la biopsia estaban incluidas en la cobertura del Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC vigente, por lo que le correspondía a FAMISANAR EPS asumir su cobertura, sin que, no obstante tener protección constitucional por ser paciente con sospecha de cáncer le hubiese garantizado la atención prioritaria y preferente a la que tenía derecho la aquí demandante **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO**.

En suma, no se acredita que FAMISANAR EPS haya actuado diligentemente ante el cuadro clínico de una paciente con diagnóstico de sospecha de cáncer, incumpliendo de esta manera lo establecido en la Ley 1171 de 2007, que dispone la prestación de servicios de salud de manera oportuna, integral y continua.

3.- CONCLUSIONES.

Esta Sala confirmará en su integridad la sentencia proferida el día 29 de junio de 2023 por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**.

4.- COSTAS.

Sin condena en costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

PROCESO SUMARIO LABORAL
Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO
Demandada: FAMISANAR EPS
Radicado: 110012205000-2023-01312-01

RESUELVE:

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el día 29 de junio de 2023 por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO. – Sin condena en costa en esta instancia.

TERCERO. – En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada

PROCESO SUMARIO LABORAL
Demandante: OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ QUINTERO
Demandada: FAMISANAR EPS
Radicado: 110012205000-2023-01312-01



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001220500020230131201](https://www.cajacris.com/11001220500020230131201)

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: SUMARIO
DEMANDANTE: LUZ MERY MORENO DE FORERO AGENTE
OFICIOSA DE JOSE VICENTE FORERO
MENDOZA
DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA
NACIONAL
DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD
MILITAR
DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO
NACIONAL
RADICADO: 110012205000-2024-00056-01
PROVIDENCIA: SENTENCIA

I. ASUNTO.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR en contra de la sentencia proferida el día 03 de noviembre de 2023, por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, providencia que ORDENÓ: i) el acceso material y efectivo al servicio de REUMATOLOGÍA, para establecer una valoración que determine el grado de discapacidad y el Barthel del usuario, relacionado con su patología, y, bajo este criterio, se determine la necesidad o no, del acompañamiento de enfermería para su cuidado de manera domiciliaria y establecer la necesidad del uso de pañales; ii) acceso

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

material y efectivo a una valoración a través de visita domiciliaria o de manera presencial por parte del servicio de Trabajo Social para determinar los requerimientos del usuario en su entorno como adulto mayor.

II. ANTECEDENTES.

DEMANDA

Mediante escrito radicado el día 14 de septiembre de 2023, cuyo conocimiento correspondió a la **Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional de Salud, LUZ MERY MORENO DE FORERO AGENTE OFICIOSO DE JOSE VICENTE FORERO MENDOZA** demandó a **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR y DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL**¹, solicitando la cobertura de los procedimientos, actividades y/o intervenciones incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, que fueron negadas por SANIDAD MILITAR y ordenar el acceso a pañales para adulto y enfermera o en su defecto, la asignación de un cuidador.

LUZ MERY MORENO DE FORERO, manifestó que su esposo, **JOSE VICENTE FORERO MENDOZA** es una persona de 81 años de edad, con constantes quebrantos de salud, debido a que fue diagnosticado con POLIMIALGIA REUMÉTICA, DESACONDICIONAMIENTO, OSTEOARTROSIS, DÉFICIT DE VITAMINA B, HIPERTENSIÓN ARTERIAL y SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR, enfermedades que le imposibilitan caminar.

Que el señor **JOSE VICENTE FORERO MENDOZA** es atendido por Sanidad Militar, en las instalaciones del Hospital Militar Central, resaltando que , debido a los quebrantos de salud que padece igualmente la señora **LUZ MERY MORENO DE FORERO**, requiere de pañales y de un enfermero personal ya que no cuentan con los recursos económicos necesarios para sufragar estos gastos.

Finalmente, expresó que, Sanidad Militar no ha ordenado la cobertura de los pañales requeridos y de un enfermero que cuide a su esposo.

¹ Archivo 001° del expediente digital

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR², oportunamente contestó la demanda, se opuso a las pretensiones sin proponer excepciones de mérito. Argumentó que, por falta de legitimación en la causa por pasiva, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad; solicita que, acorde con lo normado en los artículos 11 y 14 de la Ley 352 de 1997 y el artículo 16 del Decreto Ley 1795 de 2000 se ordene a la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** atender el caso del señor JOSE VICENTE FORERO MENDOZA.

La **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Considerando que, de acuerdo al material probatorio, el usuario se ha visto expuesto a barreras administrativas injustificadas para el acceso a valoraciones requeridas para la determinación de un tratamiento adecuado a las patologías que actualmente lo aquejan, la **Superintendencia Delegada de Salud**, mediante sentencia calendada noviembre 3 de 2023, resolvió acceder a las pretensiones formuladas por la señora LUZ MERY MORENO DE FORERO, en calidad de Agente Oficiosa de su esposo, JOSE VICENTE FORERO MENDOZA, ordenando el acceso material y efectivo al servicio de reumatología para establecer una valoración que determine el grado de discapacidad y el Barthel del usuario, relacionado a su patología, y, bajo este criterio se determine la necesidad o no, del acompañamiento de manera domiciliaria de enfermera para que atienda su cuidado y establecer la necesidad del uso de pañales, así como el acceso material y efectivo a una valoración a través de visita domiciliaria o de manera presencial por parte del servicio de Trabajo Social determinar los requerimientos del usuario en su entorno como adulto mayor.

² Contestación obrante en el Archivo 4 del expediente digital.

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR** apeló la decisión de primera instancia, aduciendo falta de legitimación en la causa por pasiva, pues de acuerdo con el Manual de Sistema de Referencia y Contra referencia del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, el proceso de autorizaciones para la prestación de servicios de salud a los usuarios los realiza directamente el establecimiento de Sanidad Militar al que esté asignado el afiliado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, que para el caso concreto sería el Establecimiento de Sanidad Militar ubicado en el **BATALLÓN DE SANIDAD “S. L. JOSE MARÍA HERNÁNDEZ” – CENTRO DE REHABILITACIÓN**, ente respecto del cual la DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR GENERAL no tiene relación directa y así, consecuentemente, la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** es la entidad a cargo de coordinar con el mentado Establecimiento de Sanidad Militar la prestación de servicios del señor JOSE VICENTE FORERO MENDOZA.

Que, en este orden de ideas, la dependencia llamada a la autorización y programación de la atención de servicios del señor JOSÉ VICENTE FORERO MENDOZA a través del Establecimiento de Sanidad Militar ubicado en el **BATALLÓN DE SANIDAD “S.L. JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ” – Centro de Rehabilitación**, es la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**, ya sea directamente o a través de la Red Externa contratada para tal fin.

V. CONSIDERACIONES.

1.- PROBLEMA JURÍDICO.

Atendiendo el análisis que, conforme lo preceptuado en el artículo 66 A del CPT y de la SS, respecto de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación interpuesto, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

- Definir si, ¿la **DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR** es la competente para autorizar los servicios de salud y entrega de insumos requeridos por el señor **JOSE VICENTE FORERO MENDOZA**?

2.- RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

2.1.- SOBRE EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD:

En aras de definir la controversia, cabe indicar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Constitucional, ha señalado el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud, que se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales y se radica en cabeza de todas las personas en general debiendo ser protegido y garantizado por el estado.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, establece a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, el cumplir con las funciones del aseguramiento en salud, entre las que se encuentran la garantía y acceso efectivo y con calidad a los servicios en salud, debiendo asumir el riesgo transferido por el usuario.

Igualmente, deben cumplir con los principios establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, garantizando entre otros la accesibilidad al servicio de salud, su prestación oportuna y sin retrasos que pongan en riesgo la vida o la salud de los usuarios y la continuidad en el tratamiento que reciben. (Artículo 3 Decreto 1011 de 2003)

Frente a la vulneración del derecho a la salud, por el no acceso oportuno a los servicios, el máximo Tribunal constitucional, en sentencia T 012 del 14 de enero de 2011³, enseñó que, *el hecho de diferir, casi al punto de negar los*

³ "(...)"

4.2. *Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003,^[14] en la cual se dijo:*

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."^[15]

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado.

Ahora bien, la ley 352 de 1997, en su artículo 9, autorizó la creación de la Dirección General de Sanidad Militar, como “*una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares*”, y entre las funciones establecidas en la citada normativa, se encuentra que estas tienen asignada la función de “*dirigir la operación y el funcionamiento del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares con sujeción a las directrices trazadas por el CSSMP*”; Así mismo, es la encargada de “*administrar el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares*”.

Adicionalmente, sobre la prestación de servicio de salud, el artículo 11 de la misma normatividad advierte en primer lugar que, Las Direcciones de Sanidad de cada una de las Fuerzas creadas por normas internas de las mismas Fuerzas Militares, ejercerán bajo la orientación y control de la Dirección General de Sanidad Militar las funciones asignadas a esta en relación con cada una de sus respectivas Fuerzas.

Por otro lado, el artículo 14 ídem, dispone que el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de prestar los servicios de salud en todos los niveles de atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a través de las unidades propias de cada una de las Fuerzas Militares o mediante la contratación de instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP.”

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:

Corresponde a la Sala comenzar por señalar que la H. Corte Constitucional en sentencia T-1001 de 2006 expresó que la legitimación en la causa es requisito de procedibilidad, ya que para su existencia se requiere un nexo de

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión del demandado, vínculo sin el cual, la tutela se torna improcedente.

CASO CONCRETO:

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la señora LUZ MERY MORENO DE FORERO agente oficiosa de su esposo JOSE VICENTE FORERO MENDOZA acude al trámite sumario que se adelanta ante a SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD con el fin de que se garantice la prestación del servicio de salud y la cobertura de los procedimientos, actividades y/o intervenciones incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, que fueron negadas por SANIDAD MILITAR y se ordene le sean entregados pañales para adulto y se le asigne enfermera o en su defecto, d un cuidador.

Bajo el contexto ya descrito, la Sala encuentra que en este evento no es viable atribuir responsabilidad alguna a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR**, ya que como lo manifestó en el escrito de impugnación, y se puede apreciar en el Decreto Ley 1795 del 2000 esa entidad cumple funciones netamente administrativas y las direcciones de sanidad fueron creadas por las normas internas de cada Fuerza; por lo cual la entidad encargada de acatar el fallo proferido es directamente la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** a través del establecimiento de Sanidad Militar del Batallón “S.L. JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ” – CENTRO DE REHABILITACIÓN, al ser los garantes y custodios de la historia clínica del señor FORERO MENDOZA.

Por otra parte, a pesar de que no se impugnó la orden impartida en la sentencia de primera instancia, no sobra recalcar que respecto a los derechos fundamentales invocados por la señora LUZ MERY MORENO DE FORERO agente oficiosa del señor JOSE VICENTE FORERO MENDOZA, se debe garantizar su protección inmediata y prioritaria en vista de que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, más aún, cuando el derecho vulnerado es el de la salud, que tiene carácter prevalente.

Finalmente, es preciso enfatizar en que la orden del fallo de tutela será dirigida a la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** a través del establecimiento de Sanidad Militar del Batallón “S.L. JOSÉ MARÍA

PROCESO SUMARIO LABORAL

Demandante: LUZ MERY MORENO DE FOREERO AO JOSE VICENTE FORERO MENDOZA

Demandada: DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR Y OTROS

Radicado: 110012205000-2024-00056-01

HERNÁNDEZ” – CENTRO DE REHABILITACIÓN, entendido como una sola entidad y, por consiguiente, se aclarará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia.

3.- CONCLUSIONES.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, en el asunto bajo examen la Sala modificará la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2023 por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, al considerar que la entidad encargada de cumplir la obligación es la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** a través del establecimiento de Sanidad Militar del Batallón “S.L. JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ” – CENTRO DE REHABILITACIÓN y, por lo tanto, se desvinculará de esta acción a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR**.

4.- COSTAS.

Sin condena en costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – MODIFICAR la sentencia proferida el día 3 de noviembre de 2023 por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en el sentido de desvincular de esta acción a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR**.

SEGUNDO. – ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la orden del fallo de primera instancia se dirige a la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** a través del establecimiento de Sanidad Militar del Batallón “S.L. JOSÉ MARÍA

